

UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito



**UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

Fisco Global

O Brasil tendo em conta o novo paradigma da política internacional de
transparência fiscal

Josué Bernardino dos Santos

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Científico
Perfil Direito Fiscal

2017

UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito



Fisco Global

O Brasil tendo em conta o novo paradigma da política internacional de
transparência fiscal

Josué Bernardino dos Santos

Dissertação de Mestrado

Orientadora Professora Doutora Ana Paula Dourado

Mestrado em Direito Científico
Perfil Direito Fiscal

2017

Fisco Global

O Brasil tendo em conta o novo paradigma da política internacional de transparência fiscal

RESUMO

Diante da mundialização dos processos de produção e da integração da economia em nível global, os Estados nacionais viram-se na possibilidade de terem suas bases de receitas fiscais diminuídas em razão da saída de investimentos e da produção de riquezas por seus nacionais no exterior. Assim, aliados a organismos internacionais, buscaram meios para que as atividades dos seus contribuintes fossem mais transparentes, bem como fosse permitido às Autoridades Tributárias realizar uma fiscalização mais efetiva sobre as possíveis evasões fiscais. Nesse contexto, e como o dever-poder de fiscalização das diversas Autoridades Tributárias circunscreve-se aos limites territoriais de seus Estados, observou-se a necessidade de incrementar os instrumentos de cooperação administrativa internacional, em especial, no caso da fiscalidade, a troca de informações para fins fiscais, em observância ao princípio da transparência fiscal. Com esse desiderato, procurou-se intensificar a troca internacional de informações para fins fiscais — que pode ser levada a efeito por meio de vários instrumentos, como as Convenções de Dupla Tributação – CDT, os Acordos Para Trocas de Informações Fiscais (*Tax Information Exchange Agreements* – TIEA), a Lei de Conformidade Fiscal de Conta Estrangeira (*Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA) e a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal. A intensificação das atividades e o aprimoramento dos instrumentos de troca de informações culminaram com a publicação, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, do Padrão para Troca Automática de Informações de Conta Financeira em Matéria Fiscal (*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*). A disponibilização desse Padrão acirrou as críticas ao mecanismo de troca de informações, uma vez que aumenta em demasia o poder fiscalizatório da Autoridade Tributária e, ao mesmo tempo, fragiliza o direito

fundamental ao sigilo bancário. O Brasil, que figura entre as oito maiores economias do mundo, não está indene ao que acontece no mundo globalizado, de modo que a presente pesquisa, objetivando verificar o tratamento que a questão do acesso direto aos dados bancários, pela Autoridade Tributária, recebe no País, estudou o direito fundamental ao sigilo bancário, o dever fundamental de pagar impostos e alguns princípios tributários para que, diante da inexistência de direito absoluto, se verifique a possibilidade de uma ponderação de interesses. Por derradeiro, diante de tudo o que foi visto, é de se concluir no sentido da possibilidade de acesso direto aos dados bancários, sem que isso signifique ofensa ao direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, corolário do princípio da solidariedade, desde que observados os requisitos objetivos determinados em lei. Não havendo que se falar, em verdade, em quebra do sigilo bancário, mas tão somente em traslado do dever de segredo da esfera bancária para a fiscal.

Palavras-chave: Tributário Internacional, Transparência fiscal, Troca automática de informações de conta financeira, Sigilo bancário, Direito fundamental.

ABSTRACT

In view of the globalization of production processes and the integration of the economy at a global level, the national states saw the possibility of having their tax base decreased in reason of the exit of investments and the production of wealth by their nationals abroad. Thus, allied to international organizations, they sought ways to make their taxpayers' activities more transparent, as well as allowing Tax Authorities to carry out a more effective audit of possible tax evasion. In this context, and as the supervisory power-duty of the various Tax Authorities is limited to the territorial limits of their States, there has been a need to increase the instruments of international administrative cooperation, especially in the case of taxation, the exchange of information for tax purposes, in compliance with the principle of fiscal transparency. With this aim, the international exchange of information for fiscal purposes was intensified - which can be carried out through various instruments such as the Double Taxation Conventions (DTC), the Tax Information Exchange Agreements (TIEA), the Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), and the Convention on Mutual Assistance in Tax Matters. The intensification of activities and the improvement of information exchange instruments culminated in the publication, by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), of the Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters. The availability of this Standard has raised criticism of the mechanism for the exchange of information, since it greatly increases the supervisory power of the Tax Authority and, at the same time, weakens the fundamental right to banking secrecy. Brazil, which is one of the eight largest economies in the world, is not indifferent to what happens in the globalized world, so that the present research, aiming to verify the treatment that the issue of direct access to banking data, by the Tax Authority, receives in the Country, studied the fundamental right to banking secrecy, the fundamental duty to pay taxes and some tax principles so that, in the absence of absolute right, check the possibility of a balance of interests. Lastly, in the face of all that has been seen, it is to be concluded that direct access to banking data is available, without this being an offense to the right to banking secrecy, since it achieves equality with citizens through the principle of the contributory capacity, corollary of the principle of solidarity, provided that the objective requirements established by law are

observed. Not having to speak, in truth, of breaking bank secrecy, but only in transferring the duty of secrecy from the banking sphere to the fiscal.

Keywords: International Tax, Transparency, Automatic Exchange of Information of Financial Account, Bank Secrecy, Fundamental Right.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	12
1. O Tema	12
2. Objeto do Estudo e Delimitação	15
3. Plano de Análise	19
PARTE I.....	24
I - TROCA INTERNACIONAL DE INFORMAÇÕES EM MATÉRIA FISCAL	24
1. Globalização	25
1.1. Globalização e política fiscal.....	29
1.2. Destino da globalização.....	30
2. Cooperação internacional em matéria fiscal.....	32
2.1. Cooperação jurídica internacional	34
2.2. Cooperação administrativa internacional.....	35
2.3. Cooperação internacional em matéria fiscal no contexto brasileiro.....	36
2.4. Fisco Global.....	38
3. Transparência fiscal.....	39
3.1. Transparência no âmbito da fiscalidade global	40
3.2. O novel cenário de transparência fiscal internacional	42
3.3. Legitimidade do controle internacional	46
4. Troca de informações no âmbito da fiscalidade global.....	47
4.1. Princípio da universalidade.....	48
5. A troca internacional de informações.....	52
5.1. Conceito	52
5.2. Objetivo.....	53
5.3. Natureza	54
5.4. Fontes.....	56
5.5. Classificação	57
6. Tipos de troca de informações.....	57
6.1. Troca de informações a pedido.....	58
6.2. Troca automática de informações	59
6.3. Troca espontânea de informações	59
7. Instrumentos internacionais para a troca de informações	61
7.1. Convenções de Dupla Tributação – CDT	62
7.2. Acordos para Troca de Informações Fiscais (Tax Information Exchange Agreements – TIEA)	66
7.3. Lei de Conformidade Fiscal de Conta Estrangeira (Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA).....	68
Quadro resumido do desenvolvimento da troca de informações:	73
II - O NOVO PADRÃO GLOBAL PARA TROCA INTERNACIONAL DE INFORMAÇÕES EM MATÉRIA FISCAL	75
1. Troca automática de informações fiscais.....	75
2. O futuro da troca de informações	76
3. Troca automática de informações de conta financeira para fins fiscais	77
4. Um padrão global para troca automática de informações de conta financeira em Matéria Fiscal.....	78
5. O Brasil e a troca automática de informações de conta financeira para fins fiscais	

PARTE II	85
I - DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO E DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS	85
1. Direitos fundamentais.....	85
2. Núcleo e Projeção dos Direitos Fundamentais.....	87
3. Funções dos Direitos Fundamentais.....	89
4. Os titulares dos Direitos Fundamentais.....	90
4.1. Titular dos Direitos Fundamentais no âmbito da fiscalidade.....	93
4.1.1. Contribuinte pessoa natural.....	93
4.1.2. Contribuinte pessoa jurídica.....	95
5. Direito fundamental ao sigilo bancário.....	97
6. O sigilo bancário em tempos de globalização.....	109
7. Sigilo bancário na OCDE.....	112
8. A derrogação do sigilo bancário.....	120
9. O sigilo bancário e o acesso direto às contas bancárias pelo Fisco.....	123
10. Quebra do sigilo bancário e crimes tributários.....	124
11. Dever fundamental.....	127
11.1. O dever fundamental de pagar impostos.....	128
II - PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DA TRIBUTAÇÃO	131
1. Princípios tributários.....	131
1.1. Capacidade contributiva.....	131
1.2. Vedação ao confisco.....	135
1.3. Solidariedade.....	136
1.3.1. Fonte da solidariedade.....	138
1.3.2. Conceito.....	138
2. A solidariedade no Direito Fiscal.....	141
3. Prevalência do interesse público.....	142
PARTE III.....	144
I - A FUNÇÃO FISCALIZADORA DA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA NO BRASIL.....	144
1. Sigilo Fiscal.....	144
2. A função fiscalizadora estatal.....	149
3. Fiscalização tributária.....	150
4. A função fiscalizadora da Administração Tributária.....	152
5. A Fiscalização tributária e a Lei Complementar 105/2001.....	155
6. Sigilo fiscal sob a ótica do previsto no art. 26 do MC da OCDE.....	162
7. A transmutação de sigilo bancário para sigilo fiscal.....	162
8. Fundamentos orientadores da tributação no Brasil.....	163
PARTE IV	167
CONCLUSÕES GERAIS	167
1. A Globalização e o Fisco Global.....	167
2. Cooperação administrativa internacional em matéria fiscal.....	168
3. Transparência fiscal e troca de informações para fins fiscais.....	168
4. Instrumentos internacionais para a troca de informações para fins fiscais.....	170
5. Troca automática internacional de informações de conta financeira para fins fiscais.....	170
6. Direito fundamental ao sigilo bancário e o dever fundamental de pagar impostos.....	171
7. O Brasil no contexto global.....	173
BIBLIOGRAFIA.....	181

À Mariana,
Ao Rafael,
Filhos amados, minha felicidade.

À minha Mãe,
Ao meu Pai,
Primeiros ensinamentos. Meus grandes mestres, íntegros e valorosos, aos quais devo
imenso o que sou hoje.

Ao bondoso Deus, razão de todas as coisas, por todas as graças.

Agradeço muitíssimo a meus filhos, Mariana e Rafael, pelo carinho e pela compreensão que tiveram com minha ausência durante os estudos longe de casa. Só nós sabemos a imensa dor da saudade além-mar.

Os mais efusivos agradecimentos à Ministra Assusete Dumont Reis Magalhães pelo apoio incondicional ao aprimoramento intelectual.

Com grande satisfação, agradeço aos meus professores lusitanos, em especial,

À minha orientadora, Professora Doutora Ana Paula Dourado, pelas valorosas lições de Direito Fiscal Internacional e Fiscal Europeu, pela dedicação e pelo empenho demonstrados nas aulas, nas discussões, nas simulações, nas orientações de relatórios e estudos, enfim, nos sábios ensinamentos.

Agradeço imenso ao Professor Doutor Jorge Miranda por ter compartilhado seu saber singular, e por ser fonte de inspiração com seu valoroso exemplo de vida, de estudos e de ser humano. Um privilégio ter sido seu aluno.

À Professora Doutora Paula Rosado, que com maestria apresentou a disciplina Direito Fiscal, de modo a permitir a elaboração de um estudo comparado entre o direito fiscal português e o brasileiro. Lições valiosas que enriqueceram meu conhecimento.

Aos meus familiares, sempre, sempre presentes no meu coração, minha mãe, meu pai, irmãos e sobrinhos (todos), em especial a MARY, querida sobrinha, impecável na dedicação ao próximo.

Brasília–Brasil – Lisboa–Portugal

PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS E UTILIZADAS

AEOI	–	<i>Automatic Exchange of Information</i>
CRFB/88	–	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CDT	–	Convenção de Dupla Tributação
CTN	–	Código Tributário Nacional
EUA	–	Estados Unidos da América
FATCA	–	<i>Foreign Account Tax Compliance</i>
IRS	–	<i>Internal Revenue Service</i>
LC	–	Lei Complementar
OCDE	–	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

1. O Tema

A facilidade de movimentação de pessoas, mercadorias e, principalmente capitais, proporcionada pela globalização fez despertar a atenção dos Estados soberanos para a necessidade de se desenvolver mecanismos com vista a preservar a arrecadação fiscal.

O aumento das ações de planejamento fiscal abusivo e a crise financeira global de 2008 fizeram com que os Estados buscassem, no intuito de combater a erosão da base tributável, aumentar a assistência mútua e a troca de informações em matéria fiscal.

Assim, ganhou força, com a atuação do Fórum Global, a disseminação de um discurso jurídico em nível mundial no sentido da formatação de um padrão global de troca de informações entre as administrações fiscais das diversas jurisdições.

É importante lembrar, contudo, que a validade de uma aplicação tributária em âmbito internacional deve levar em consideração a diversidade de legislações envolvidas que, certamente, representam fonte de grande tensão, podendo significar verdadeiros obstáculos ao atingimento das finalidades pretendidas.

Nesse contexto, importa ressaltar que qualquer proposta, inclusive a de troca de informações em matéria fiscal, como padrão internacional, há de respeitar os direitos fundamentais dos contribuintes reconhecidos nos Estados de direito¹.

Na reforma fiscal internacional, o evidente resultado apresentado pela *Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA reforça, no âmbito das iniciativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a importância da cooperação intergovernos, bem como a importância da eliminação de barreiras para a obtenção de informações para fins fiscais.

¹ DOURADO, Ana Paula. **Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies**. European University Institute, RSCAS 2013/11, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Global Governance Programme-37.

O novo paradigma de fiscalização global, mais atento às ações dos contribuintes, promove um significativo acréscimo dos poderes das autoridades fiscais. O que faz aflorar a tensão entre o dever-poder de preservar a arrecadação fiscal do Estado, para a manutenção dos serviços de interesse público, e os direitos fundamentais do contribuinte.

A troca automática de informações de conta financeira — novo padrão global para troca de informações em matéria fiscal e tido por muitos como o instrumento mais agressivo do Fisco Global — desperta intensos debates, uma vez que a utilização de tal mecanismo de transparência e cooperação internacional promove, na opinião de alguns autores, a violação do direito fundamental do contribuinte ao sigilo de seus dados bancários.

É do conhecimento que a relação pessoa x poder sempre foi marcada por lutas e rebeliões, sendo que a história dos direitos fundamentais confunde-se com a evolução dos grupamentos humanos, envolvidos na busca por condições de sobrevivência.

Nesse contexto, tanto a imposição fiscal como os poderes dos órgãos responsáveis pela fiscalização sempre foram integrantes dessa relação pessoa x poder, e motivadora — por conta da consciência de determinadas classes ou certas pessoas de sua sujeição — das revoltas e revoluções mais violentas da história, levando algumas civilizações ao declínio e originando a servidão na Europa Oriental desde o século XV².

Embora a determinação da política fiscal de um Estado e, via de regra, as formas e sistema de fiscalização decorram de ato de soberania dos governantes nacionais, considerando o seu contexto social e econômico, os direitos dos contribuintes não devem ser relegados.

Entre esses direitos estão, certamente, aqueles previstos nas Cartas Magnas dos Estados de Direito Democrático, que impõem limites ao poder estatal, quando da intervenção na esfera jurídica do contribuinte.

² ARDANT, Gabriel. **Théorie sociologique de l'impôt**. École Pratique des Hautes Études, S.E.V.P.E.N. Paris, 1965, p. 7.

Diante desse quadro, propõe-se como objeto de estudos a análise do novo paradigma de fiscalização global, nomeadamente a troca automática de informações de contas financeiras para fins fiscais, e o enfoque que o Brasil, por meio de sua legislação interna e da sua jurisprudência, dispensa ao tema, tendo em consideração a propalada extinção do sigilo bancário.

2. Objeto do Estudo e Delimitação

O advento da Lei 13.254³, de 13 de janeiro de 2016, serve como indicador da iminente adoção, pelo Brasil, do instrumento da troca automática de informações de contas financeiras para fins fiscais. Essa lei propicia às pessoas naturais e jurídicas a oportunidade de regularizar a situação fiscal e cambial ante a autoridade fiscal brasileira⁴.

Outro indicativo que já demonstrava a tendência de o Brasil se adequar ao padrão da OCDE está no fato de ter retirado⁵, em 2009, a expressa ressalva que possuía em relação à nova redação do art. 26 da Convenção Modelo, em particular no que se refere à obrigatoriedade de fornecimento de informações por banco ou instituições financeiras. A relevância da medida de mudança de posicionamento é apontada por Alberto Xavier, porquanto “(...) A recusa de prestação de informações com base na existência de leis internas (inclusive constitucionais) que tornem impossível aquela prestação constitui violação do tratado, que permite ao outro Estado a sua denúncia e a invocação de responsabilidade internacional”.⁶

Além disso, em 30 de agosto de 2016, foi publicado o Decreto 8.842⁷, que, ao promulgar a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria

³ Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Essa lei é objeto de ferrenhas críticas, uma vez que, ao não exigir prova de licitude da origem dos recursos, bens ou direitos, propiciaria que pessoas, naturais (singular) ou jurídicas (coletivas), regularizassem recursos, bens ou direitos ilícitos.

⁴ Receita Federal do Brasil.

⁵ “*Emerging economies are already drawing benefits from international changes in favor of more transparency and Exchange of information. Argentina, China and India have recently concluded a number of TIEA or DTCs, including Article 26 of the OECD Model Convention. Major non-OECD countries, including some within the G20, have withdrawn their positions on the exchange or information provision of the OECD Model Tax Convention (Brazil, Chile, Malaysia, Romania, Serbia and Thailand). Today all of the 30 non-OECD countries which have formally set out their positions on the OECD Model have removed their objections to the international standard on exchange of information incorporated into Article 26.*” (OECD, Promoting Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. A Background Information Brief. 19 January 2010.)

⁶ XAVIER, Alberto. *Troca internacional de informações: as novas tendências*. In ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes questões atuais do direito tributário**, 13. vol. São Paulo: Dialética, 2009, p. 11.

⁷ Decreto 8.842, de 29 de agosto de 2016. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011.

Tributária, ratifica e internaliza o acordo, aderindo o Estado brasileiro, dessa forma, ao mais completo instrumento para o intercâmbio internacional de informações fiscais entre as Administrações Fiscais de mais de 100 países e jurisdições signatários.

O presente estudo tem por objeto as implicações da troca automática de informações de contas financeiras em matéria tributária nos direitos fundamentais do contribuinte e a tensão decorrente da apregoada, por alguns, quebra do sigilo bancário e da quebra do sigilo fiscal.

Diante do fato de que a troca automática de informações, como novo padrão de transparência fiscal internacional, assume uma crescente importância no Direito Fiscal Internacional, o Brasil não está imune às consequências advindas da implementação, em nível global, desse instrumento. É do conhecimento de todos que as medidas adotadas pelos Estados no âmbito internacional repercutem no seu ambiente doméstico.

Assim, a pesquisa busca verificar se o novo padrão de fiscalização global colide com os direitos fundamentais do contribuinte⁸ e como a legislação interna, a jurisprudência e a doutrina tratam a questão.

Impende assinalar, por oportuno, que a locução transparência fiscal internacional utilizada neste trabalho não se confunde com as normas de transparência fiscal internacional, como são conhecidas em alguns países as normas do regime de tributação das sociedades controladas no exterior ou *Controlled Foreign Company* – CFC⁹.

É certo que o tema “troca automática de informações financeiras para fins fiscais” gera grande apreensão entre os defensores do denominado sigilo bancário, uma vez que se estaria a vulnerar, ou ao menos flexibilizar, o direito fundamental ao sigilo bancário, decorrente do direito fundamental à intimidade e à vida privada do contribuinte. Por outro lado, observa-se que a atuação de um Estado fiscal deve empenhar-se para que todos contribuam, de forma que seja observado o princípio da capacidade contributiva de cada um.

⁸ Nomeadamente com o direito ao sigilo bancário.

⁹ Para saber mais sobre o regime das CFC, ver, entre outros, BIANCO, João Francisco. **Transparência fiscal internacional**. São Paulo: Dialética, 2007; BORGES, Ricardo. **National Report Portugal, CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law**; Michael Lang, Hans-Jörgen Aigner, Ulrich Scheuerle e Markus Stefaner (Coords.). London: Kluwer, 2004.

Assim, o presente trabalho — partindo do estudo do novo padrão internacional de troca automática de informações, em especial ao que concerne aos dados financeiros, e da lição de Paulo Bonavides¹⁰, que, com base em Konrad Hesse¹¹, afirma que os direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente qualifica como tais — pretende verificar se o direito ao sigilo bancário é limitador da atuação do Estado brasileiro no combate à sonegação fiscal e na preservação das receitas fiscais, necessárias ao financiamento e manutenção do próprio Estado, e como a matéria vem sendo tratada no país.

Pois bem, o problema a investigar está em verificar se no Brasil contemporâneo, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a relação Estado/contribuinte, no âmbito da produção legislativa e na esfera judicial, apresenta-se em consonância com a evolução da política de transparência fiscal global¹². Portanto, o objetivo do presente trabalho está em saber se o Estado brasileiro atual observa o novo padrão internacional de troca automática de informações para fins fiscais ao passo que deve preservar o direito à intimidade e à vida privada do contribuinte, na observância ao direito fundamental ao sigilo bancário.

O direito ao segredo bancário será abordado no âmbito de prerrogativa assegurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aos contribuintes. Por isso a necessidade de ingressar no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Tributário, além, é claro, do Direito Tributário Internacional, o que enriquece o trabalho, aprimora a pesquisa e permite se chegar à devida conclusão.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.

¹¹ HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 13. ed. aum. Heidelberg, 1982.

¹² A transparência fiscal global tem como objetivos identificar e impedir a ocorrência de fuga de receitas tributárias dos Estados. Assim, o presente trabalho usa a locução “evasão fiscal” em um sentido amplo. Conforme Alberto Xavier, “A expressão ‘evasão fiscal internacional’ é uma expressão ambígua e multifacetada com a qual se designam fenômenos distintos.

“Numa primeira acepção, ela exprime os actos ilícitos pelos quais o contribuinte viola os deveres decorrentes de uma relação jurídica tributária com elementos de estraneidade, trate-se de deveres materiais, como o dever de cumprir, ou de deveres instrumentais, como o de apresentar declarações verdadeiras ou o de manter escrituração regular.

“Numa segunda acepção, ela englobaria, além da *tax evasion* propriamente dita, a figura da *tax avoidance* ou elisão fiscal internacional que se traduz na prática de actos lícitos pelos quais os particulares, influenciando voluntariamente os elementos de conexão, procuram evitar a aplicação de certo ordenamento tributário.” (XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional**. 2. ed. atualiz., reimp. Almedina, 2014, p. 44-45.)

A pesquisa, por estar inserida em um contexto muito rico, permite diversas abordagens. A interpenetração de vários ramos das ciências humanas pode conduzir o pesquisador a descobertas que, por mais interessantes que sejam, não devem ser abordadas, tendo em conta a limitação do tema e do próprio trabalho. De modo que se deve ressaltar que, pelo fato de o objeto da pesquisa tratar da troca de informações de contas financeiras para fins — frise-se — fiscais, qualquer enfoque penal será afastado, não sendo objeto de apreciação na presente pesquisa, por mais instigante e desafiador.

3. Plano de Análise

O intento da presente dissertação é estudar a troca automática de informações de contas financeiras em matéria fiscal, o estabelecimento e desenvolvimento desse instrumento de transparência fiscal e cooperação, levando em conta o direito fundamental dos contribuintes ao sigilo bancário e as implicações no ordenamento jurídico do Estado brasileiro.

Para tanto, o estudo, versando sobre a problemática acima mencionada, encontra-se dividido em 3 (três) partes.

Na primeira parte, será feita uma abordagem do que se entende por Fisco Global. Para isso, estudar-se-á a troca internacional de informações em matéria fiscal. Nesse particular, será abordado o fenômeno da globalização e sua interferência na política fiscal; e tendo em vista a forte influência do processo de globalização no âmbito da fiscalidade, abordar-se-á a cooperação internacional em matéria fiscal, em especial a cooperação administrativa, que representa o principal instrumento para que a autoridade tributária de um Estado exerça seu mister fora de seu âmbito territorial, uma vez que agentes públicos de um Estado não podem praticar atos de autoridade no território de outro, configurando o Fisco Global.

Será estudada também a transparência fiscal internacional, que neste trabalho tem como objetivo identificar e impedir a ocorrência de fuga de receitas tributárias dos Estados, não se confundindo com a transparência fiscal internacional que diz respeito às normas de regime de tributação das sociedades controladas no exterior ou *Controlled Foreign Company* – CFC. As regras CFC.

Na sequência será tratada a troca de informações no âmbito da fiscalidade global. Ver-se-á conceito, objetivo, natureza, fonte, classificação. Contudo, para contextualização, será abordado, inicialmente, o princípio da universalidade. A seguir serão estudados alguns instrumentos para troca internacional de informações, que são as Convenções de Dupla Tributação – CDT, que se baseiam, no particular, no art. 26 da

Convenção Modelo da OCDE; os Acordos Para Troca de Informações Fiscais (*Tax Information Exchange Agreements* – TIEA); pelo grande impulso que proporcionou a troca automática de informações, a Lei de Conformidade Fiscal de Conta Estrangeira (*Foreign Account Tax Copliance Act* – FATCA); e a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Material Fiscal.

Estudar-se-á, então, o considerado novo padrão global para troca internacional de informações em matéria fiscal, em que será vista a troca automática de informações fiscais, o futuro da troca de informações, ou seja, a troca automática de informações de conta financeira para fins fiscais. Ver-se-á também a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal.

Será apresentado, ao fim da parte I do trabalho, um quadro resumo do desenvolvimento cronológico do instrumento da troca de informações.

Na segunda parte, será estudado o direito fundamental ao sigilo bancário e o dever fundamental de pagar impostos. Observar-se-á como a doutrina apresenta a conceituação de direitos fundamentais, a titularidade de referidos direitos no âmbito da fiscalidade, nomeadamente o direito fundamental do contribuinte ao sigilo bancário, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, tendo sempre em conta o novo padrão global de troca automática de informações financeiras no âmbito da fiscalidade.

É importante antecipar que o denominado sigilo bancário não consta expressamente na CRFB/88, sendo que a doutrina e a jurisprudência veem, entretanto, sua previsão no termo “dados”, mencionado no inciso XII do art. 5º, quando prescreve ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim sendo, com base na investigação e no que for apresentado no decorrer do trabalho, a conclusão será no sentido de verificar se diante do direito fundamental à intimidade e à vida privada, o sigilo bancário é derogado pela adoção do novo padrão

global de troca automática de informações financeiras para fins fiscais e qual o atual cenário no Brasil.

Se, por um lado, a doutrina apregoa que o sigilo bancário reflete um direito fundamental da personalidade, evidenciando, por conseguinte, a proteção jurídica a ele dedicada pelo ordenamento positivo do Estado e, por outro, a possibilidade de relativização dos direitos, mesmo que se trate de direito fundamental, uma vez que não existe direito absoluto, cabe, então, investigar a perspectiva de relativização de referido direito e os fatores a serem considerados nesse complexo exercício de ponderação.

Nessa busca, tendo em vista que, por mandamento constitucional, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹³, bem como, também por mandamento constitucional, “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”¹⁴, será analisado o sigilo bancário no Brasil, da mesma forma que, em tempos de globalização, o tema é tratado na OCDE. Observar-se-á, então, a reformulação da concepção jurídica do sigilo bancário no cenário internacional, consubstanciada na denominada derrogação do sigilo bancário e, por conseguinte, a possibilidade de acesso direto as contas bancárias pelo Fisco.

Ainda para verificar os fatores que permitiriam a mitigação do direito fundamental ao sigilo bancário, com vistas a possibilitar uma eficaz troca de informações financeiras para fins fiscais, será estudado o dever fundamental de pagar impostos, uma vez que, definido como dever fundamental, o tributo encerra em si uma forte ideia de solidariedade.

De modo que, se o Brasil representa um Estado Democrático de Direito e um Estado Fiscal, em que “não há como concretizar direitos fundamentais, sem que haja o

¹³ Artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988.

¹⁴ Artigo 145, § 1º, da CRFB/1988.

cumprimento, por parte dos cidadãos, de um dos principais deveres da cidadania: pagar tributos”, serão analisados, entre os diversos princípios tributários, os que devem ser considerados mais relevantes para a possibilidade de relativização do direito fundamental ao sigilo bancário, que são: o princípio da capacidade contributiva, o da vedação ao confisco e o importantíssimo princípio da solidariedade.

Na terceira parte será estudada a função fiscalizadora da autoridade tributária, tendo em vista que, sob as mais diversas alegações, sendo a mais utilizada a alta carga tributária, pode haver a intenção de reduzir ou evitar a tributação, podendo ocorrer a adoção de algumas condutas para evitar a ocorrência do pressuposto fático.

Ao tratar da função fiscalizadora, mostra-se importante abordar o tema do sigilo fiscal, uma vez que a tendência global é no sentido da promoção de uma maior transparência no âmbito da fiscalidade. Ver-se-á que, a exemplo do sigilo bancário, o sigilo fiscal também não é previsto expressamente na CRFB/88. Decorre da interpretação da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada. Será analisado, ainda, o sigilo fiscal sob a ótica da previsão constante do art. 26 do Modelo de Convenção da OCDE, que garante que a informação trocada internacionalmente receba a mesma proteção do sigilo fiscal aplicado às informações obtidas no âmbito interno do Estado.

É notória a preocupação da doutrina de que, não obstante o dever-poder da autoridade tributária, limites devem ser impostos a esse poder, de modo a não permitir ofensas arbitrárias e autoritárias aos direitos fundamentais do contribuinte. Nesse contexto, abordar-se-á a Lei Complementar 105/2001, de 10.01.2001, que, ao dispor sobre o sigilo das operações financeiras, permite que o Fisco tenha acesso direto¹⁵ aos dados bancários de contribuintes, desde que preenchidos alguns requisitos.

Os defensores da corrente de que não há sigilo bancário oponível à função fiscalizadora do Estado, afirmam não haver violação constitucional do direito fundamental à intimidade e à vida privada, uma vez que não há quebra de sigilo bancário, mas tão somente a transferência dos dados que, passando da posse das instituições bancárias para a autoridade tributária, deixam de estar protegidos pelo sigilo bancário, passando a estar protegidos pelo sigilo fiscal. Pois, com essa

¹⁵ Sem a necessidade de autorização judicial.

transferência, é transferida também a obrigatoriedade de conservar o segredo dos dados obtidos em razão do seu ofício. A corrente contrária assevera que a própria transferência dos dados da instituição bancária para a autoridade tributária já configura a quebra do sigilo bancário.

Da análise e estudos desenvolvidos, será analisada a posição do Estado brasileiro, que, atualmente, reflete a orientação dos organismos internacionais em relação a troca de informações para fins fiscais.

PARTE I

I - TROCA INTERNACIONAL DE INFORMAÇÕES EM MATÉRIA FISCAL

*Transparency and Exchange of information in tax matters are the basis for a fair competition in a global economy and a equitable tax burden weighing on honest taxpayers (...) the fight against any form of tax offences is a shared responsibility of all countries and territories.*¹⁶

A transparência e a troca de informações em questões fiscais são a base para uma concorrência justa em uma economia global e uma carga tributária equitativa pesando sobre contribuintes honestos (...) a luta contra qualquer forma de infração fiscal é uma responsabilidade compartilhada de todos os países e territórios. (Tradução nossa.)

O novo padrão global para troca de informações em matéria fiscal é representado pela troca automática de informações de conta financeira, o que desperta intensos debates, uma vez que a utilização de tal mecanismo de transparência e cooperação internacional promove, na opinião de alguns autores, a violação do direito fundamental do contribuinte ao sigilo de seus dados bancários.

¹⁶ *Second Conference on the Fight against International Tax Fraud and Evasion By promoting Transparency and Exchange of Information in Tax Matters, Berlin, 23 June 2009.* Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

1. Globalização

O Fundo Monetário Internacional – FMI diz que *“Globalization refer to the growing economic interdependence of countries worldwide through the increasing volume and variety of cross-border transactions in goods and services and of international capital flows, and also through the more rapid and widespread diffusion of technology.”*¹⁷

Definição que Victor Uckmar considera incompleta,

*(...) puesto que el fenómeno también afecta a las diferentes formas de inversión directa e indirecta en el extranjero (constituición de filiales, sucursales, jointventures); asimismo, en muchas ocasiones la globalización no se hace visibel a través de operaciones internacionales sino transnacionales donde la fabricación ou tratamiento de un producto se lleva a cabo en diversas fases productivas realizadas en países distintos.*¹⁸

A globalização, como uma fase de expansão do sistema capitalista¹⁹, caracteriza-se por um processo de ligação e interdependência entre os diferentes povos do mundo, que passam a estabelecer e intensificar relações em todos os campos, mormente no campo econômico. De modo que

(...) O fenômeno da globalização vem servindo como um impulso para modificar vários aspectos do comportamento das sociedades. No campo do Direito Tributário Internacional, sem dúvida, se verifica uma imensa influência deste fenômeno, facilmente representada pela dinâmica das transações entre empresas, que muitas vezes determinam

¹⁷ Fundo Monetário Internacional-FMI. *III. Meeting the Challenges of Globalization in the Advanced Economies*. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/weomay/chapter3.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

¹⁸ UCKMAR, Victor. **Consideraciones sobre globalización económica**. Doc. de trabajo, 32. Asamblea General del CIAT, Brasil, 1998.

¹⁹ STIGLITZ, Josheph E. **A globalização e seus malefícios**. 4. ed. São Paulo: Futura, 2003.

práticas contrárias aos ordenamentos internos dos Estados, produzindo, como resultado imediato, a diminuição da arrecadação tributária.²⁰

J. M. Calderón Carrero apregoa que

En la práctica, los principales efectos que se han dejado sentir en el ámbito tributario como consecuencia de este nuevo contexto mundial, probablemente, no sorprendan a nadie; ciertamente, el incremento notable de los niveles de fraude y evasión fiscal internacional parece intrínseco a un contexto económico mundializado y liberalizado donde el control fiscal de los flujos internacionales de personas y capitales se encuentra muy diluido ante la falta de medios para llevarlo a cabo; el aumento del fraude y evasión fiscal trae consigo otras consecuencias de diversa índole como ingentes pérdidas presupuestarias, infracciones del principio de justicia fiscal, así como distorsiones en los movimientos de capitales y condiciones de competencia contrarias al buen funcionamiento del mercado interior y, a la postre, de la economía mundial. Este fenómeno también ha dejado sentir sus efectos en la estructura de los sistemas tributarios nacionales; en concreto, se viene apreciando una desfiscalización competitiva de los Estados que afecta, especialmente, a la tributación empresarial y del ahorro; esta ha causado, entre otras consecuencias, una alteración en la distribución en la carga fiscal sobre los contribuyentes, aumentando la que recae sobre el trabajo personal y el consumo y disminuyendo la correspondiente al ahorro privado y las empresas.²¹

Não se olvida que as políticas fiscais dos Estados voltavam-se prioritariamente, isso quando não integralmente, às questões de ordem interna. Contudo a intensificação da união dos mercados financeiros de diversos países, com a diminuição — e em alguns

²⁰ OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; ROSENBLATT, Paulo. **Direito Tributário – Comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional** (Estudos em Homenagem a Souto Maior Borges) – José André Wanderley Dantas de Oliveira e Paulo Rosenblatt (organizadores). Recife: Nossa Livraria, 2016, p. 239-240.

²¹ CARRERO, J. M. Calderón. **La doble imposición internacional en los conventos de doble imposición y en la Unión Europea**. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1997, p. 27.

casos a extinção — das fronteiras entre esses mercados veio exigir das administrações tributárias dos diversos Estados uma postura orientada também para os movimentos externos de capitais. Nesse contexto, a comunidade internacional promoveu uma intensificação de forças no sentido da criação e celebração de instrumentos de cooperação com o desiderato de minimizar os efeitos danosos da fuga de receitas fiscais.

Com efeito, os desafios apresentados pela globalização não podem ser solucionados com os meios que os Estados dispõem internamente, pois, tratando-se de assuntos transnacionais, reclamam ação não só do próprio Estado interessado, mas ação da comunidade internacional.

O processo de globalização econômica veio a imprimir uma nova diretriz nos termos da cooperação fiscal internacional, que tem como propósito fundamental a preservação do modelo atual fiscal impositivo dos Estados, que, conforme o princípio da residência, busca a tributação das rendas geradas em bases mundiais (*worldwide income tax*). Nesse contexto, questiona-se em que medida a globalização econômica afeta a capacidade de os Estados estabelecerem e exigirem seus impostos.²²

Entre os diversos aspectos acerca do fenômeno da globalização, como grande incentivador do aprimoramento da troca de informações, pode-se citar:

(...) o crescimento da concorrência fiscal entre países, com intenção de captar investimentos estrangeiros diretos; a consequente dificuldade para garantir a tributação das rendas de capital ou para estabelecer a base impositiva das sociedades transnacionais; a intensificação do comércio eletrônico que trabalha apoiado em um sistema bancário e de pagamentos paralelos e que transforma os consagrados conceitos de residência e de fonte; a propagação de paraísos fiscais e de outros sistemas tributários que favorecem a evasão e a fraude fiscal; etc.²³

²² CAAMAÑO ANIDO, M.A y CALDERÓN CARRERO, J.M. **Globalización económica y poder tributario: Hacia un nuevo derecho Tributario?** Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, 2002, 6, p. 179-209.

²³ OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; ROSENBLATT, Paulo. **Direito Tributário – Comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional** (Estudos em Homenagem a Souto Maior Borges) – José

A expansão das transações internacionais proporcionou em várias situações a possibilidade de contribuintes realizarem uma economia fiscal mediante a utilização de atos consubstanciados em elisão, evasão e fraude fiscal internacional. Esse fenômeno enfraqueceu e pôs em dúvida a eficácia dos sistemas tributários tradicionais dos países desenvolvidos, já que a consequência é a redução constante e progressiva dos níveis de arrecadação fiscal dos Estados. Esse quadro levou os Estados a cogitar qual seria o melhor caminho para a manutenção do sistema impositivo tradicional, optando-se pelo redimensionamento dos instrumentos de cooperação fiscal internacional, mediante a troca de informações entre as administrações fiscais.²⁴

É notório, assim, que o fenômeno da globalização serviu como elemento fomentador da intensificação do aperfeiçoamento da troca de informação.

Conforme José André Wanderley Dantas de Oliveira e Paulo Rosenblatt,

O tema do intercâmbio de informação e da assistência mútua tem seu marco de recomendação pela OCDE, quando esta organização, pela primeira vez no ano de 1963, fez constar em seu Modelo de Convênio dito mecanismo de intercâmbio de informação. Desde então milhares de convênios bilaterais foram firmados no mundo, consagrando o intercâmbio de informação, como um instrumento necessário para a eficácia prática do próprio Convênio e para a gestão dos tributos existentes no ordenamento de cada um dos Estados contratantes.

Em consequência do processo de globalização da economia, o enfrentamento da evasão e fraude fiscais vem sendo estruturado em nível global, o que faz com que o tema sigilo dos dados bancário dos contribuintes também se torne objeto de preocupação nos fóruns competentes.

André Wanderley Dantas de Oliveira e Paulo Rosenblatt (organizadores). Recife: Nossa Livraria, 2016, p. 244.

²⁴ OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; ROSENBLATT, Paulo. **Direito Tributário – Comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional** (Estudos em Homenagem a Souto Maior Borges) – José André Wanderley Dantas de Oliveira e Paulo Rosenblatt (organizadores). Recife: Nossa Livraria, 2016, p. 246.

1.1. Globalização e política fiscal

A globalização faz com que muitas políticas nacionais operem seus efeitos além das fronteiras de um país, o que implica na ocorrência de atritos entre os Estados, uma vez que as políticas ou as instituições tradicionais, em larga medida, ainda são permeadas pelo pensamento de economia fechada de quando foram criadas. Esse conflito está presente em várias áreas e vem se tornando particularmente forte no âmbito da tributação. O debate recorrente sobre tributação na União Europeia é prova disso.

Vito Tanzi discorre no seguinte sentido:

The tax systems of many countries came into existence or developed at a time when trade among countries was greatly controlled and limited and when large capital movements were almost nonexistent. At that time, trade flows among countries were reduced by high tariffs or by physical restriction on the movement of goods, and capital flows were forbidden or, at least, were greatly controlled. In that environment, most enterprises operated largely within the borders to the countries in which they had originated and most individuals earned their incomes from activities or investments carried out in the countries in which they had their legal residence. Trade flows, the profits of enterprises, personal incomes and consumption, and net wealth, could all be taxed by the countries' authorities without conflicting claims by other countries' authorities and without concerns about taxes paid to other jurisdictions.

In the environment described above the application of what is sometimes called the "territoriality principle", which gives a country the right to tax all incomes and activities within its territory, did not cause conflict or difficulty. Tax policies by any one country could be pursued without much concern or much thought about how they would affect other countries. Equally, the tax policies of other countries were of only marginal, if any, interest to a country's polymakers because they did not affect the behavior of its citizens. Until recent years the study of taxation reflected

this environment and was, thus, almost exclusively the study of taxation in a closed economy as is evident from most standard textbooks and articles.

Globalization and the progressive integration of world economies have been changing all this. In the present environment the actions of many governments have come to be greatly constrained or influenced by the actions of others governments, and spillover-effects across frontiers generated by taxation have become common and important. This has opened the possibility for some countries to take advantage of this new situation by attracting to them a larger share of the world tax base, thus exporting some of their tax burden.²⁵

1.2. Destino da globalização

É notório que um dos assuntos mais debatido nos últimos anos diz respeito ao fenômeno da globalização. Contudo, alguns pensadores questionam o quanto o mundo está, de fato, internacionalizado, atualmente.

Nas últimas décadas, a globalização foi responsável por reduzir a diferença de riqueza entre os países ricos e pobres. Entretanto, fomentou uma crescente crise de desigualdades nos países ocidentais.

Em um intenso debate em Davos sobre o futuro da globalização — e os méritos de um sistema que está sob fogo de populistas de todas as partes — pretendeu-se verificar o agravamento da crise mundial e possível retração da globalização.

O presidente da China, Xi Jinping, defendeu os benefícios da globalização econômica e sua capacidade de tirar as pessoas da pobreza. Afirmou que a globalização econômica criou novos problemas. Mas isso não é uma justificativa para descartar

²⁵ TANZI, Vito. **Globalization, tax competition by the future of tax systems.** In *Diritto Tributario Internazionale*. UCKMAR, Victor (Coord.). III Edizione. CEDAM. Padova, 2005, p. 26-27.

completamente a globalização econômica. Em vez disso, deve-se adaptar e orientar a globalização, amortecer seu impacto negativo e oferecer seus benefícios a todos os países e a todas as nações²⁶.

Christine Lagarde, diretora-gerente do Fundo Monetário Internacional, concordou que os ganhos da globalização precisavam ser compartilhados de forma mais ampla para que pudesse sobreviver. Lembrou a Davos que, em 2013, ela já havia advertido acerca dos efeitos da desigualdade. Asseverou que existem 3,6 bilhões de pessoas em todo o mundo que aspiram a melhores rendimentos, comida na mesa duas vezes ao dia, a cada dia. Voltar as costas para a globalização e para o desenvolvimento é exatamente a abordagem errada. Dizer que a globalização é ruim porque destrói o emprego é um argumento muito simplista para algo que precisa de muito mais trabalho analítico e compreensão²⁷.

O Ministro das Finanças do Brasil, Henrique Meirelles, compartilhou o entendimento, pois, a seu ver, como um todo, a globalização está funcionando e os efeitos são extremamente positivos²⁸.

Pier Carlo Padoan, Ministro das Finanças da Itália, pontuou que não é um caso de mais ou menos globalização, mas de um caminho diferente e menos previsível, já que alguns países se tornaram protecionistas, enquanto outros passaram na outra direção e desregulamentaram seus mercados. Expôs que, em seu entendimento, o mundo está entrando em uma nova etapa de relações internacionais, em que políticas nacionais irão moldar como a globalização eventualmente se desenvolverá²⁹.

Com efeito, a alongada crise financeira mundial coloca a globalização em risco. Contudo, afirma Eduardo Felipe P. Matias que o mundo não atingiu o ponto de integração que se espera da globalização e que comportamentos protecionistas são

²⁶ Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2017/01/the-end-of-globalization-davos-disagrees/>>. Acesso em: 09 out. 2017.

²⁷ Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2017/01/the-end-of-globalization-davos-disagrees/>>. Acesso em: 09 out. 2017.

²⁸ Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2017/01/the-end-of-globalization-davos-disagrees/>>. Acesso em: 09 out. 2017.

²⁹ Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2017/01/the-end-of-globalization-davos-disagrees/>>. Acesso em: 09 out. 2017.

normais em tempos de crise. Assevera que a globalização propiciou um dos maiores crescimentos econômicos da história recente.

Mesmo com os benefícios do livre comércio e a integração dos mercados financeiros mundiais proporcionados, a globalização não deve ser entendida como uma liberalização desenfreada, porquanto alguma presença do Estado se faz necessária. O crescimento de uma interdependência econômica foi acompanhada de uma globalização jurídica, em que organizações internacionais, tratados, convenções, acordos consolidam e conservam alguns princípios que dizem respeito à liberalização da economia.

2. Cooperação internacional em matéria fiscal

O processo de globalização, bem como a crise financeira que afetou fortemente as economias do mundo, fez com que as autoridades dos Estados concordassem com a necessidade de aumentar a luta contra a evasão fiscal. Nessas circunstâncias, formou-se um consenso internacional no sentido de promover um forte apoio a um significativo aumento nos padrões de transparência e troca de informações entre países, com o intento de resolver certas deficiências que vieram a ser reveladas pela crise econômica. A luta contra a evasão fiscal vem sendo, então, uma prioridade compartilhada em nível global.

A mundialização das relações econômicas fez destacar que a cooperação é um instrumento imprescindível no combate a todas as formas de fugas de receitas fiscais, sendo que

(...) é evidente que as autoridades fiscais dos diferentes países interessados em prevenir ou lutar contra a evasão fiscal pouco podem fazer se não dispõem da colaboração de outros Estados. As trocas de dados e informações com transcendência fiscal e a colaboração dos

especialistas fiscais das respectivas Administrações se inserem nesse contexto.³⁰

A doutrina do Direito Internacional apresenta diversas formulações acerca do princípio da cooperação. Diante da constatação de que os problemas de natureza econômica surgidos no mundo atual demanda uma cooperação interestatal para sua solução, Celso Mello apresenta uma primeira conceituação, asseverando:

O que se pode depreender dos textos citados é que há hoje um verdadeiro dever jurídico no sentido dos estados cooperarem entre si com a finalidade de se garantir um desenvolvimento para todos os povos. Pode-se mesmo dizer que este dever tem as suas raízes na moral internacional que sempre consagrou o princípio da solidariedade, ou ainda, do auxílio mútuo. Reconhecemos que é uma obrigação difícil de ser exigida no plano jurídico internacional onde ainda predomina a idéia de soberania e o egoísmo dos estados.³¹

Atualmente, as Organizações Internacionais desempenham significativo papel no estímulo da cooperação entre os Estados, removendo a ideia de que apenas Estados soberanos têm capacidade de influir na política e na economia internacionais.

A cooperação internacional pode se dar nas formas jurídica ou administrativa, entre outras.

Antes de abordar as formas jurídica (judicial ou judiciária) e administrativa de que pode se revestir o instrumento da cooperação internacional, ou seja, as espécies, deve-se lembrar das palavras de Ian Brownlie, no sentido de que a cooperação

³⁰ CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor. **No Discriminación, procedimiento amistoso e intercambio de informaciones**. In SERRANO ANTÓN, Fernando (Coord.). *Fiscalidad internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2001, p. 58.

³¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 55.

internacional pode ser estabelecida, por meio de acordos, em uma base de igualdade, por Estados independentes.³²

O Brasil consagra a cooperação internacional, em nível constitucional³³, uma vez que a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade é um dos princípios que o regem nas suas relações internacionais.

2.1. Cooperação jurídica internacional

Tem-se por cooperação jurídica internacional o modo formal pelo qual um país solicita a outro país alguma medida judicial (um pronunciamento judicial), que se faça necessária para resolução de um caso concreto em andamento.

Embora não se trate de mecanismo novo na área jurídica, a cooperação jurídica internacional passou a ter mais relevância com a intensificação dos movimentos internacionais pós-Segunda Grande Guerra³⁴.

³² BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 89.

³³ CRFB/88, art. 4º, IX.

³⁴ Dois fatores motivaram a intensificação das relações internacionais após a Segunda Guerra Mundial, “O primeiro relaciona-se com a consciência dos Estados quanto ao fato de que não são auto-suficientes, de que o isolamento representa um retrocesso e de que o crescimento está vinculado à cooperação. O segundo fator é a coexistência de múltiplos Estados independentes”. MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 206.

2.2. Cooperação administrativa internacional

Por seu turno, a cooperação administrativa internacional não se prende a uma demanda ou a determinado feito, mas é voltada para troca de informações, elaboração e manutenção de bancos de dados, desenvolvimento e aprimoramento de técnicas e estratégias de atuação entre os órgãos envolvidos em determinada tarefa. Importante salientar que o termo cooperação administrativa internacional é empregado, outrossim, para designar a cooperação entre autoridades administrativas que não depende de pronunciamento judicial.

Desse modo, ter-se-á, nos casos da cooperação entre autoridades fiscais, a cooperação administrativa, porquanto as atividades se processam no âmbito do executivo, não reclamando nenhuma intervenção judicial.

A cooperação internacional tornou-se prioridade na condução dos trabalhos com vistas ao combate às fraudes fiscal e à concorrência desleal. Isso pode ser atribuído, em grande parte, aos efeitos da globalização, que oferece inúmeros meios de potencialização das práticas nocivas, tornando inócua a ação isolada de um Estado.³⁵

Com o desiderato de combater a concorrência fiscal prejudicial, a OCDE procurou estimular a cooperação internacional, sugerindo a criação do *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, que iniciou seus trabalhos no ano 2000.

Os Estados são conhecedores da importância da troca de informações entre suas Administrações Fiscais, com finalidade de controle e fiscalização das obrigações tributárias dos contribuintes. A cooperação entre os Estados encontra-se prevista em normas de Direito Internacional, essencialmente mediante Convenções Internacionais, sejam bilaterais ou multilaterais. Importa dizer que quando os Estados celebram Convenções que incluem mecanismos de assistência mútua e cooperação estão, em

³⁵ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica** – Série Doutrina Tributária, v. XII, São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 118.

verdade, buscando preservar seus interesses, principalmente, aqueles ligados aos aspectos de arrecadação do sistema fiscal.

A cooperação internacional entre os países é uma exigência do Direito Internacional decorrente da impossibilidade de agentes públicos de um Estado praticar atos de autoridade, como investigações, auditorias, em território de outro.

Embora a cooperação internacional voltada ao combate à evasão fiscal corresponda a uma velha preocupação das autoridades fiscais, ela revela um paradoxo, porquanto, ao passo que os Estados almejam preservar seus próprios sistemas domésticos por meio de uma maior cooperação com fins tributários, por outro lado esses mesmos Estados competem para atrair recursos e investimentos externos.

O relevante papel da cooperação internacional para fins fiscais se torna mais evidente quando, por um lado, se tem que o financiamento dos Estados exige que cada contribuinte recolha tributos conforme a respectiva capacidade contributiva e, por outro lado, quando estimativas³⁶, feitas por James S. Henry, revelam que uma parcela significativa da riqueza financeira privada global, entre US\$ 21 trilhões e US\$ 32 trilhões de dólares americanos em impostos são evadidos de seus países de origem e investidos praticamente isento de impostos. Dessa forma, torna-se necessário reprimir a utilização de mecanismos artificiais que propiciam evitar o pagamento dos impostos devidos.

2.3. Cooperação internacional em matéria fiscal no contexto brasileiro

No âmbito interno, o Código Tributário Nacional – CTN brasileiro prevê, em seu artigo 199, ante a sua estruturação político-administrativa, o dever de cooperação e mútua assistência dos órgãos da Fazenda Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Em 2001, com vistas aos movimentos internacionais de promoção de uma

³⁶ HENRY, James S. **The price of offshore revisited. New estimates for “missing” global private wealth, income, inequality, and lost taxes.** Tax Justice Network, July 2012.

maior transparência fiscal e luta contra a evasão fiscal, a Lei Complementar 104/2001, de 10 de janeiro de 2001, acrescentou o parágrafo único ao referido artigo 199, que disciplina o dever de mútua assistência e cooperação da administração tributária brasileira no âmbito internacional ao dispor que “A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos”.

Além disso, o Brasil adotou um instrumento de maior abrangência no âmbito da cooperação internacional em matéria fiscal. Trata-se do Decreto 8.842, de 29 de agosto de 2016, que promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011.

O Brasil terá acesso a informações fiscais e financeiras de cerca de mais de uma centena de países e jurisdições, com destaque para os modelos de troca automática de informações, sendo um deles o *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters* (Padrão para Troca Automática de Informações Financeiras para Fins Fiscais).

A busca por maior transparência e cooperação fiscal internacional em matéria fiscal é uma tendência mundial à qual o Brasil não poderá deixar de se adequar. Contudo, um dos mecanismos utilizados na cooperação fiscal internacional, a troca de informações fiscais encerra questão bastante controvertida, tanto na doutrina como na jurisprudência, particularmente no que tange à troca de informações envolvendo o sigilo bancário dos contribuintes.

2.4. Fisco Global

A globalização faz com que as políticas nacionais de um Estado produzam efeitos além de suas fronteiras, o que gera atrito, no campo do Direito Tributário Internacional, entre as políticas fiscais dos diversos sistemas tributários, de vez que foram desenvolvidas em uma época em que o comércio e a circulação de riquezas eram profundamente controlados e limitados, não havendo grandes movimentos de capitais.

Altas tarifas e outros impedimentos para a circulação de bens desincentivava os fluxos comerciais, enquanto os fluxos de capitais eram, ao menos, vigorosamente controlados, de modo que os negócios eram realizados em grande parte dentro das linhas fronteiriças dos países.

Entretanto, o desenvolvimento e o crescimento de uma sociedade em rede e globalizada fez surgir a preocupação de como assegurar eficácia à legislação tributária doméstica em operações que envolvem outras jurisdições, sendo este um dos grandes desafios das Administrações Tributárias atualmente.

Buscam os Estados, com a cooperação internacional, a realização de um sistema fiscal global em que a opacidade das condutas dos contribuintes, propiciada pela facilidade de ocultação de rendimentos tributáveis, seja enfrentada em observância ao princípio da transparência.

A cooperação internacional em matéria fiscal inclui a troca de informações acerca de operações sujeitas a exação e/ou fiscalização tributária que incidam sobre as transações de pessoas naturais ou coletivas. Diversamente do que ocorria no passado, quando o Fisco preocupava-se exclusivamente com o fato gerador do tributo e a infração, e buscava a informação com o contribuinte, eventualmente com um terceiro.

Atualmente, além do fato gerador e da infração, o Fisco foca também na postura do contribuinte, sendo que grande parte das informações que o Fisco obtém vem de

terceiros, não do próprio contribuinte. Citam-se como terceiros, os cadastros oficiais, tabeliães, imobiliárias, bancos etc.³⁷

3. Transparência fiscal

De início, oportuno esclarecer que o termo transparência fiscal internacional³⁸ utilizado neste trabalho não se confunde com as normas de transparência fiscal internacional, como são conhecidas em alguns países as normas do regime de tributação das sociedades controladas no exterior ou *Controlled Foreign Company* – CFC³⁹.

Etmologicamente o vocábulo “transparência” refere-se à claridade, cristalinidade, evidência, nitidez, algo que se mostra transparente, hialino, ou seja, que se deixa ver claramente o que há por trás.

O tema transparência fiscal mostra-se recorrente tanto no âmbito doméstico como no ambiente internacional, em que é visto como meio para superar contradições do fenômeno da globalização.

³⁷ GRECO, Marco Aurélio. **Troca Internacional de Informações Fiscais**. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal**: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 156-157.

³⁸ As regras de transparência fiscal internacional, ou *CFC rules*, tiveram início como tentativa de inibir os atos de determinados contribuintes para evitar ou diferir o imposto sobre a renda por meio da interposição de sociedade no exterior, especialmente em jurisdições conhecidas como parísos fiscais ou com tributação favorecida.

³⁹ Para saber mais sobre o regime das CFC, ver, entre outros, BIANCO, João Francisco. **Transparência fiscal internacional**. São Paulo: Dialética, 2007; BORGES, Ricardo. **National Report Portugal, CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law**; Michael Lang, Hans-Jörgen Aigner, Ulrich Scheuerle e Markus Stefaner (Coords.). London: Kluwer, 2004.

3.1. Transparência no âmbito da fiscalidade global

Em 1998, o Fundo Monetário Internacional – FMI introduziu um Código de Boas Práticas sobre Transparência Fiscal, que conduziu a um programa voluntário de avaliação da transparência fiscal, culminando no consenso de que a transparência fiscal é ingrediente fundamental da boa governança e de importância central para alcançar a estabilidade macroeconômica e um crescimento de alta qualidade.⁴⁰

Aduz que a transparência fiscal exige que o quadro legal, para a atividade fiscal, evite a complexidade excessiva e as oportunidades de discricção oficial.⁴¹

A transparência fiscal⁴² corresponde, quando dirigida ao Estado, à abertura, em relação ao público em geral, da estrutura e das funções governamentais, das intenções de política fiscal, das contas do setor público e projeções, devendo ser franqueado o acesso imediato às informações confiáveis, abrangentes, oportunas, compreensíveis e internacionalmente comparáveis sobre as atividades governamentais, de modo que a situação financeira do governo e os verdadeiros custos e benefícios das atividades governamentais possam ser avaliados com precisão.

Apregoa Ricardo Lobo Torres:

A transparência fiscal é um princípio de legitimação do ordenamento tributário internacional e constitucional. Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade. Dirige-se tanto aos organismos financeiros supranacionais quanto às entidades não governamentais.⁴³

⁴⁰ **Manual on Fiscal Transparency.** Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, Washington, D.C. : International Monetary Fund, 2007-2007, rev. ed., par. 1.

⁴¹ **Manual on Fiscal Transparency.** Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, Washington, D.C. : International Monetary Fund, 2007-2007, rev. ed., par. 66.

⁴² Conforme Ricardo Lobo Torres, “A transparência fiscal é um princípio constitucional implícito”.

⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. **Sigilos bancários e fiscal.** In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal:** homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 128.

Deve ser ressaltado que o dever de transparência incumbe tanto ao Estado como à sociedade. Esta deve agir de tal modo transparente que no seu relacionamento com o ente estatal não exista opacidade quanto a segredos, e aquele, por seu turno, deve imprimir a maior clareza na legislação que institui tributos em geral, bem como na fiscalização e cobrança.

Nesse contexto, tem-se que o princípio da transparência fiscal, embora não explícito na Constituição, permeia os demais princípios constitucionais, irradiando-se até mesmo para o âmbito da elaboração das leis infraconstitucionais.

Ao falar sobre o princípio da transparência e os riscos fiscais provocados pelo contribuinte, Ricardo Lobo Torres alega que:

Os riscos das finanças públicas podem ser provocados também pela conduta opaca e camuflada dos contribuintes. O princípio da transparência aponta, para evitar esses riscos, no sentido do combate à elisão fiscal abusiva, ao sigilo bancário encobridor de sonegação de tributos e à corrupção ativa.⁴⁴

A crise financeira internacional, iniciada em 2008, fez com que o foco de atenção dos Estados soberanos fosse direcionado para a necessidade de implementar uma cooperação⁴⁵ multilateral internacional, sem precedentes, com vistas a combater as evasões fiscais e, conseqüentemente, as fugas de receitas públicas.

O crescimento das atividades em nível global e a complexidade das legislações fiscais dos diversos países proporcionaram o ambiente para o aumento da evasão fiscal, o que fez com que os países envidassem esforços no sentido de promover assistência recíproca por intermédio da troca de informações.

⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da transparência no direito financeiro**. In: Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 8, 2001.

⁴⁵ O Brasil rege-se nas suas relações internacionais, conforme preceitua sua Constituição, pelos princípios, entre outros, da igualdade entre os Estados e pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (CRFB/88, art. 4º, V e IX).

As trocas de informações promovem a facilitação do controle e gerenciamento das atividades dos contribuintes, permitindo, assim, que os países conheçam os dados referentes à contabilidade dos grandes grupos e de operações transnacionais, bem como de valores subtraídos à arrecadação da administração tributária em atividades transnacionais ilícitas, evasivas ou elisivas.⁴⁶

Lembra Heleno Tôrres que, para a ampliação do combate à concorrência fiscal prejudicial, com base nos princípios da transparência e de abertura, o Código de Conduta da União Europeia estabeleceu a obrigatoriedade de os Estados-membros prestarem informações reciprocamente⁴⁷.

Os padrões de transparência e troca de informações desenvolvidos pela OCDE estão contidos, especialmente, no art. 26 MC da OCDE, que será estudado mais adiante.

3.2. O novel cenário de transparência fiscal internacional

Em abril de 2009, os líderes do G20 tomaram medidas para pôr fim à denominada era do segredo bancário. O relatório do Fórum Global sobre a troca de informações, que se baseia em 59 revisões de pares, mostra como essa iniciativa melhorou substancialmente a capacidade dos países para combater a evasão fiscal realizada por meio da exploração de centros financeiros *offshore* e da utilização do sigilo bancário. Os países movimentaram-se rapidamente para aproveitar esse novo ambiente, usando as novas ferramentas de informação disponibilizadas. A determinação compartilhada para pôr fim ao abuso das *offshore* está permitindo que implementem estratégias, tanto individual como coletivamente, com vista a reprimir a evasão fiscal no exterior e melhorar a integração de suas estratégias de consolidação fiscal. Esse

⁴⁶ TORRES, Heleno. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 670.

⁴⁷ TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário Internacional – Planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 145.

Relatório, elaborado pela OCDE, que organiza a Secretaria autônoma do Fórum Global, fornece um panorama do impacto dessa iniciativa, considera alguns dos efeitos mais amplos sobre as atitudes em relação à evasão fiscal e ao planejamento fiscal agressivo tanto dos indivíduos como das corporações e estabelece o que precisa ser feito para manter a iniciativa.⁴⁸

Dessa forma, o ambiente dentro do qual as administrações fiscais operam se viu enormemente alterado pela iniciativa conduzida pelo G20, de modo que o véu do segredo — incluindo-se aí o segredo bancário — foi transpassado. Às administrações tributárias foram dispensados melhores instrumentos para lidar com corporações, *trusts*, fundações e com o planejamento tributário agressivo, sendo que as administrações fiscais têm, atualmente, um melhor e mais oportuno acesso à informação do que no passado.

A expansão da rede de acordos com vistas à troca de informações está produzindo resultados, dificultando a ocultação de ativos ou rendas e, de outro lado, facilitando que sejam descobertos. Nesse contexto, tanto países da OCDE como não membros passaram a usar esses acordos para solicitar informações à jurisdições que anteriormente mantinham o segredo bancário ou outras limitações que impediam a resposta aos pedidos.

Os países implementaram novas técnicas para identificar evasões e fortaleceram as medidas de defesa contra jurisdições não cooperativas e estão prontos para usar tais medidas contra países que não conseguem realizar uma troca efetiva de informações. A cooperação entre administrações fiscais, tanto bilaterais como multilaterais, aprofundou-se.

No geral, esse novo ambiente, mais transparente e cooperativo, levou a um aumento significativo no risco de detecção de evasores, aumentando assim o efeito dissuasivo sobre aqueles que tradicionalmente possuem ativos *offshore* não declarados e aqueles que podem ter pensado em ir para o exterior para evadir-se da incidência fiscal.

⁴⁸ OCDE. **The Era of Bank Secrecy is Over.** *The G20/OECD process is delivering results*, 26 October 2011, p. 2.

Como as administrações fiscais passaram a ter mais informações sobre os ativos de seus residentes no exterior, acredita-se que, a longo prazo, haverá um fluxo sustentável de receitas, pois esses ativos estão sujeitos a impostos sobre o capital e impostos sobre o resultado gerado por esse capital.

Arnoldo Wald já chegou a registrar que

(...) em países que pretendem receber investimentos externos, numa política de abertura da economia do país, a manutenção do sigilo bancário é condição *sine qua non* para que as suas metas possam ser atingidas (...), especialmente quando se pretende fortalecer os sistemas locais financeiro e de mercado de capitais e assegurar seu desenvolvimento racional e sadio.⁴⁹

Posição que não é compartilhada, atualmente, pelos organismos internacionais e pela maioria das jurisdições, tendo em vista o empenho na luta travada contra a fuga de receitas fiscais promovido por meio da adoção de medidas tendentes a uma maior e melhor transparência fiscal internacional.

Conquanto não seja recente⁵⁰ a preocupação dos governos e órgãos encarregados da arrecadação fiscal em combater a fuga e a ocultação de receitas fiscais, as autoridades fiscais apontam a troca de informações como uma das formas de alcançar esse propósito. De modo que, devido ao grande aumento da interdependência nas relações comerciais e do processo de globalização da economia, o assunto troca de informações, no âmbito da cooperação internacional tributária, vem sendo objeto de grande destaque nos fóruns especializados de discussão.⁵¹

⁴⁹ WALD, Arnaldo. **O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 79.** *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 234-235.

⁵⁰ A primeira notícia que se tem de um acordo para evitar a dupla tributação, é o que se deu entre a Prússia e a Saxônia, em 16 de abril de 1869. (UCKMAR, Victor. **Double taxation conventions.** In *International tax law*. AMATUCCI, Andrea (Edit). GONZÁLEZ, Eusebio; TRZASKALIK, Christoph (Collabs.). Kluwer Law International, Holanda, 2006, Part. II, Chapter IV, p. 150.)

⁵¹ CARVALHO, André de Souza; CARVALHO JÚNIOR, Hernani. **Troca de informações entre autoridades fiscais – O art. 26 dos acordos de bitributação.** In VASCONCELOS, Roberto (Coord.). *Estudos avançados de direito tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. P. 5.

Com esse desiderato, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE foi incumbida pelo G20⁵² de desenvolver mecanismos voltados a propiciar uma maior integração cooperativa entre as jurisdições.

É de muito fácil percepção que os padrões desenvolvidos pela OCDE, para a transparência e troca de informações, são mundialmente aceitos ou, ao menos, são aceitos pela maioria das nações. Prova do que se afirma é que países como Áustria, Suíça, Luxemburgo e outros que sempre se opuseram à possibilidade de efetivação de troca de informações fiscais mostram, de certo modo, concordância com as disposições propostas pela OCDE.

Portugal também tem acompanhado a evolução mundial, seguindo as diretrizes e regras da União Europeia – UE e da OCDE, reforçando a transparência, nomeadamente, por meio de um progressivo levantamento do segredo bancário para efeitos fiscais e intensificando a celebração de instrumentos de troca de informações.

O Brasil não foge à regra e, mesmo diante das discussões acerca do potencial estremecimento dos preceitos consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵³ e nos tratados internacionais de direitos humanos⁵⁴, que prescrevem a preservação da intimidade da pessoa, segue as orientações da OCDE no que diz respeito

⁵² G20 ou Grupo dos 20 é um fórum de cooperação internacional que reúne líderes, ministros das Finanças e chefes dos bancos centrais das 20 maiores economias: 19 países membros e a União Europeia. Os países que integram o G20 são: África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Turquia.

Disponível em: <https://www.g20.org/Webs/G20/EN/G20/Participants/participants_node.html>. Acesso em: 26 abr. 2017.

⁵³ “Artigo 8º

Protecção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei (...).”

⁵⁴ No caso do Brasil, alguns autores apontam a Convenção da ONU e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (o Pacto de San José da Costa Rica).

Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH da ONU.

“Artigo XII – Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

“Artigo 11. Protecção da honra e da dignidade

(...)

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.”

a transparência fiscal, podendo ser notada uma progressiva relativização do caráter de inviolabilidade do denominado sigilo bancário para efeitos fiscais. Mais adiante estudar-se-ão o sigilo bancário, o tratamento que recebe no Brasil, a legislação e a jurisprudência a respeito.

3.3. Legitimidade do controle internacional

Os Estados têm plena independência e liberdade para estruturar seus respectivos regimes jurídicos, estipulando todas as disposições pertinentes e necessárias ao seu funcionamento institucional e de regulação das condutas das pessoas a eles submetidas, não sendo admitida qualquer interferência alienígena.

Contudo, o

(...) direito internacional, expressão de um conjunto de regras usualmente aceitas pelas nações civilizadas, responsável pela definição dos direitos e obrigações que os Estados soberanos devem respeitar nas relações entre si, não traz qualquer princípio que possa justificar ações de controle sobre os países eventualmente indicados como atores de práticas de concorrência fiscal prejudicial. Daí ser muito complexo pretender-se instituir alguma espécie de limitação internacional ao direito de tributar dos Estados (a não ser quando estabelecida mediante concurso de vontades, por acordos internacionais).⁵⁵

⁵⁵ TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional : planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 154.

4. Troca de informações no âmbito da fiscalidade global

Especula-se que as primeiras regras de troca de informações tenham surgido em um acordo de dupla tributação firmado entre a Bélgica e a França, em 1843, e Bélgica e Holanda, em 1845.⁵⁶

O marco inicial de um modelo de convenção bilateral prevendo uma obrigação de troca de informação se deu em 1927, quando o Comitê de Técnicos em Dupla Tributação e Evasão Fiscal da Liga das Nações publicou um relatório que apresentava quatro modelos de convenção fiscal. Um ano mais tarde, o Comitê fez publicar o modelo de tratado sobre dupla tributação de 1928, que formaria a base dos tratados bilateral, e que, sob os trabalhos subsequentes da OCDE, formaria a estrutura básica do regime fiscal internacional.⁵⁷

A Organização para Cooperação Econômica Europeia (OEEC) publicou suas recomendações sobre dupla tributação, em 25 de fevereiro de 1955, e sua sucessora, a OCDE, adotou em julho de 1963 um Modelo de Convenção de Dupla Tributação sobre rendimentos e capital. Tendo o art. 26 do Modelo da OCDE se tornado mais tarde a orientação líder para a troca internacional de informações em matéria fiscal. A característica essencial desse tipo de troca de informação corresponde à troca de informação a pedido (*on request*), que abrange informações relevantes para o cumprimento das disposições da convenção ou para a implementação da legislação doméstica do Estado requerente.

No contexto global, a troca de informações no âmbito da fiscalidade já se fazia presente no Modelo de Convenção da OCDE de 1963. Contudo, somente com a publicação do Relatório da referida organização de 1998 é que a prática de troca de informações ganhou maior notoriedade e espaço nas discussões referentes às questões tributárias. Lembra-se que as restrições aplicadas ao acesso às informações dos

⁵⁶ OBENSON, Xavier. **International Exchange of Information in Tax Matters Towards Global Transparency**. EE Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2015, p. 4.

⁵⁷ OBENSON, Xavier. **International Exchange of Information in Tax Matters Towards Global Transparency**. EE Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2015, p. 4-5.

contribuintes e a ausência de poder por parte das autoridades fiscais para exigir das instituições financeiras o fornecimento dessas informações serviram como facilitador da evasão fiscal.

4.1. Princípio da universalidade

De início, para contextualizar o ponto referente à cooperação internacional no âmbito da fiscalidade, deve ser ressaltado que vigora no Brasil o princípio da universalidade da tributação, o qual determina, em suma, que a totalidade dos rendimentos, ganhos, patrimônio, obtidos por brasileiros, devem ser informados e levados à tributação, mesmo aqueles auferidos no exterior, sejam eles internalizados no Brasil ou não.

Helena Tôrres, ao tratar do princípio da universalidade (*worldwide income taxation*), expõe:

A tendência contemporânea dos Estados, principalmente daqueles que são considerados exportadores de capital, é a de assumir o princípio da *universalidade*, ante: i) a constante e crescente movimentação de capitais no mercado mundial, ii) a necessária *progressividade* dos impostos incidentes sobre as categorias reituais, e, principalmente iii) o controle dos casos de *elusão e evasão fiscal internacional* proporcionados pelos benefícios fiscais promovidos pelos “paraísos fiscais” (cada vez mais freqüentes).

Em certos casos, quando um Estado dispõe de muitos operadores econômicos residentes que atuam no exterior, o princípio da *universalidade* é inserto no sistema como recurso à manutenção do princípio da isonomia, com o intuito de evitar injustiças fiscais entre os contribuintes, internamente, perante os residentes que produzem rendimentos apenas no interior do Estado (*domiciliary income*) e os que

produzem também fora do Estado (*foreign income*); principalmente quando, entre estes, alguns atuam em proveito de vantagens fiscais oferecidas pelos Estados da fonte, o que leva a uma *desigualdade* de carga fiscal suportada.⁵⁸

Nessa toada, o referido doutrinador apregoa que os principais motivos para adoção do princípio da universalidade são: a) financiamento do Estado, para obter aumento de receitas fiscais; b) recurso à manutenção do princípio da *isonomia*, evitando injustiças fiscais entre os contribuintes, internamente, em face dos residentes que produzem rendas apenas no interior do Estado (*domiciliary income*) e os que produzem também fora do Estado (*foreign income*); c) a necessária efetividade aos princípios da capacidade contributiva e da *progressividade* dos impostos incidentes sobre as categorias residuais; d) a crescente movimentação de capitais no mercado mundial; e) preocupação com os problemas de elusão e evasão fiscal internacional, proporcionados pelos estímulos fiscais oferecidos por países menos desenvolvidos — paraísos fiscais.⁵⁹

Assim, não obstante o princípio da universalidade funcione como uma solução para resolver os problemas com países com tributação favorecida, é, ao mesmo tempo, uma razão a mais para a expansão dessas espécies, pelo aumento da pressão fiscal que resulta sobre residentes que produzem rendas no exterior.

Esclarece Alberto Xavier:

(...)os sistemas fiscais modernos tendem, quando adotam o elemento de conexão residência, a estabelecer uma obrigação tributária ilimitada (*unbeschränkte steuerpflicht*), no sentido de que o residente de um país, seja pessoa física ou pessoa jurídica, é tributável por todos os seus rendimentos, tanto de fonte interna quanto de fonte externa: e daí que se fala num princípio da universalidade ou do *world-wide-income tax* que conduziria, assim, a uma extensão “extraterritorial” da lei interna.

⁵⁸ TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional : planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

⁵⁹ TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional : planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 123. AQUI PODE VIR SÓ IBIDEM

Heleno Taveira Torres apregoa:

Pelo princípio da universalidade, ou da renda mundial, o contribuinte passa a responder, ante o país de residência, domicílio ou nacionalidade (a depender da conexão exigida), por toda a renda produzida, sem interessar o lugar de produção (salvo para o reconhecimento de créditos de impostos, segundo o método previsto: global ou *country by country*). Como se vê, o princípio *worldwide income taxation* não exclui, obviamente, o princípio da territorialidade; antes, o pressupõe. Ambos, entre si, não são conflitantes; pelo contrário, ao adotar o princípio da universalidade, o ordenamento acrescenta à conexão material uma outra, agora de natureza subjetiva, como forma de atribuição de alcance ultraterritorial às normas tributárias.⁶⁰

Como o princípio da universalidade reclama que a incidência tributária se opere sobre a totalidade dos rendimentos domésticos e estrangeiros do contribuinte, de modo que os rendimentos auferidos por um contribuinte, internamente ou no exterior, sejam somados para se determinar o rendimento tributável, a cooperação internacional é o instrumento que proporciona a um Estado limitado pela soberania de outro Estado alcançar seus contribuintes para a devida aplicação da legislação tributária interna.

Assim, pode-se verificar a indispensabilidade da informação tributária evidenciada na importância que tem para a eficiência na aplicação da lei fiscal de um Estado, por meio do controle e fiscalização, pois “(...) Se o primeiro requisito para tornar uma lei eficaz é o Fisco saber o que aconteceu, pois se não souber o que ocorreu, não poderá aplicar a lei, então o segundo requisito é que ele saiba tudo o que aconteceu e não apenas uma parte da história”.⁶¹

⁶⁰ TÔRRES, Heleno Taveira. Residência (no Direito Tributário Internacional. In *Dicionário de princípios jurídicos*. Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino (Org.). Silvia Faber Torres (Superv.). Rio de Janeiro : Elsevier, 2011, p. 1206.

⁶¹ GRECO, Marco Aurélio. **Troca Internacional de Informações Fiscais**. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal**: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 154.

A acentuação das relações internacionais promoveu nítida mudança na realidade dos ordenamentos jurídicos, que se limitavam às relações que se dão dentro dos limites territoriais do Estado.

A intenção dos Estados soberanos em preservar as suas bases tributáveis fez com que aumentasse o interesse por uma maior e mais eficiente cooperação internacional no âmbito da fiscalidade. A cooperação internacional é o meio pelo qual se possibilita a lei tributária de um país transpor suas fronteiras para atingir o desiderato estatal de preservar sua arrecadação fiscal em uma base global ou, ao menos, estimar a arrecadação, evitando-se possível elisão ou evasão fiscais.

Marco Aurélio Grecco diz que

O grande desafio da atualidade é saber como assegurar a uma lei tributária interna a sua plena eficácia diante de operações que envolvem outros países. Trata-se de um desafio, porque nessas operações pode haver o deslocamento para o exterior da base econômica que seria tributável pelos tributos internos, ou seja, pode haver distorções na alocação da renda, sem falar na possibilidade de mascaramento da transação, abusos e assim por diante, com reflexos diretos na arrecadação que deveria ocorrer se fosse assegurada a plena eficácia da lei interna.⁶²

⁶² GRECO, Marco Aurélio. **Troca Internacional de Informações Fiscais**. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal**: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 154.

5. A troca internacional de informações

5.1. Conceito

A troca internacional de informações é um instituto que — inserido no campo das medidas de assistência administrativa realizadas pelos Estados para atender demandas formuladas por outros Estados — permite que um Estado obtenha informações localizadas fora de seu território, as quais não podem ser por eles diretamente atingidas, tendo em vista a força imperativa de seus atos de autoridade circunscrever-se ao seu espaço territorial⁶³.

Em observância a soberania dos Estados, torna-se necessária, como visto, a colaboração ativa do Estado no qual se localiza a informação almejada, pois esse detém poderes administrativos próprios para, no âmbito de seu território, buscar a informação demandada e, *a posteriori*, transmiti-la ao Estado que nela tem interesse.

A inserção da participação do Estado brasileiro nesse contexto global pode ser observada na dicção do parágrafo único⁶⁴ do art. 199 do CTN, que autoriza o Brasil a proceder intercâmbio de informações com Estados estrangeiros, ao dispor que “A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos”.

Observa-se que a troca internacional de informações para fins fiscais entre os países, fruto do princípio da transparência, representa importante instrumento de combate a todas as manifestações de evasão fiscal, tendo em conta a atual realidade da globalização econômica e o direito internacional.⁶⁵

⁶³ XAVIER, Alberto. Troca internacional de informações: as novas tendências. In *Grandes questões atuais do direito tributário*, 13º volume, ROCHA, Valdir de Oliveira, São Paulo: Dialética, 2009, p. 9.

⁶⁴ Parágrafo único incluído pela LC 104, de 10.01.01.

⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Sigilos bancário e fiscal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 137.

5.2. Objetivo

A troca de informações objetiva combater a evasão fiscal e garantir uma fiscalização mais efetiva e, por conseguinte, manter a receita financeira do Estado. Contudo, esses fatores não legitimam o padrão internacional *per si*, uma vez que os legítimos instrumentos a serem utilizados e as ações a serem promovidas por cada administração tributária estatal devem observar os direitos dos contribuintes⁶⁶.

Contudo,

(...)a luta contra todas as formas de evasão ou elisão fiscal é uma tarefa que compete aos Estados que precisa alcançar um mínimo de êxito, de modo a evitar o *apartheid* fiscal entre contribuintes que conseguem “fugir” e os que ficam, sobrecarregados pela desoneração daqueles, como se fossem reféns a suportar, sozinhos, todo o custo do Estado. É preciso restabelecer a isonomia violada, que tem como corolário o princípio da justa repartição dos encargos públicos. Como diz Casalta Nabais, ‘a fuga dos impostos nada traria de mal ao mundo se todos estivessem em condições de fugir e de fugir em condições de igualdade.’⁶⁷

Diante da globalização da economia mundial e do grande aumento do comércio internacional, os meios de investigação disponíveis para as administrações fiscais localizarem fatores de produção, atividades econômicas, por conseguinte, responsabilidade fiscal de contribuintes seus em diferentes países, revelam-se insuficientes, de modo que se mostra de extrema importância a cooperação entre as várias administrações tributárias, por meio da troca de informações.⁶⁸

⁶⁶ DOURADO, Ana Paula. **Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies**. European University Institute. RSCAS 2013/11, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Global Governance Programme-37.

⁶⁷ TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional : planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 157.

⁶⁸ ADONNINO, Pietro. Lo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie. *In Diritto tributario Internazionale*. UCKMAR, Victor (Coord.). III Edizione, Padova, 2005, p. 1125.

5.3. Natureza

Comumente se utiliza a expressão troca⁶⁹ de informações. Contudo, Pietro Adonnino adverte que mais correto seria falar em aquisição de informações, pois a troca, o intercâmbio, deve ser entendido como condição de reciprocidade, revelador do requisito básico do instrumento para obter a informação necessária⁷⁰.

Assim, o vocábulo “troca” não quer significar, na expressão troca de informações, que a cada informação prestada por um Estado corresponda necessariamente uma outra informação fornecida pelo outro Estado.

Alberto Xavier explicita não se tratar de uma permuta típica em que prevalece o brocardo latino *do ut des*. Pois:

“Troca” alude, isso sim, ao caráter bilateral dos acordos que preveem este tipo de assistência administrativa, no sentido de que idêntica obrigação de auxílio assiste a ambos os Estados, em idênticas circunstâncias, e não apenas a um deles, mas sem que as prestações de auxílio, individualmente consideradas, tenham uma contrapartida onerosa ou sinalagmática.

Trata-se de matéria governada por normas instrumentais que integram o Direito Tributário Internacional em sentido formal e que se situam não já na esfera de delimitação de competência legislativa dos Estados em presença (como na dupla tributação internacional), mas na de delimitação de eficácia das leis no espaço, mediante a prática de atos de império pelo órgãos nacionais de aplicação do Direito, especialmente os atos administrativos necessários à fiscalização e lançamentos de tributos.

⁶⁹ *Exchange of information, scambio di informazioni, intercambio de información, échange d'informations*, troca de informação.

⁷⁰ ADONNINO, Pietro. Lo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie. In **Diritto tributario Internazionale**. UCKMAR, Victor (Coord.). III Edizione, Padova, 2005, p. 1129.

Muito embora tais normas sejam de natureza distinta das que regulam as questões relativas à dupla tributação – e que respeitem ao problema do concurso de lei – o certo é que elas frequentemente se encontram inseridas nos tratados contra a dupla tributação, tendo em vista que uma das suas finalidades possíveis é a prevenção da evasão fiscal. A verdade é que a matéria de troca de informações pode ser objeto de acordos que tenham como objeto exclusivo, como pode ainda decorrer de fontes puramente internas que, independentemente de um tratado, estabeleçam as hipóteses em que um Estado se obriga unilateralmente a prestar informações a outros, submetendo, porém, via de regra, essa obrigação à condição de reciprocidade.

As disposições convencionais relativas à troca de informações não têm o alcance de criar diretamente deveres na esfera jurídica dos particulares residentes nos Estados contratantes. A sua função se esgota na atribuição dos próprios Estados de obrigação de informar, cabendo a estes a obtenção das informações necessárias junto dos particulares subordinados à sua esfera de jurisdição.

Consequentemente, a assunção da obrigação de informar com a amplitude exigida pelo tratado obriga implicitamente os Estados às eventuais modificações na sua legislação interna necessárias para o cumprimento daquela obrigação.

A recusa de prestação de informações com base na existência de leis internas (inclusive constitucionais) que tornem impossível aquela prestação constitui violação do tratado, que permite ao outro Estado a sua denúncia e a invocação de responsabilidade internacional.⁷¹

⁷¹ XAVIER, Alberto. Troca internacional de informações: as novas tendências. In **Grandes questões atuais do direito tributário**, 13º volume, ROCHA, Valdir de Oliveira, São Paulo : Dialética, 2009, pp. 10-11.

5.4. Fontes

A intensificação de uma nova política de troca de informações fiscais ocorrida no início do século XXI, e que foi enormemente impulsionada pela crise financeira de 2008, mostra que a troca de informações veem passando por expressivas modificações, refletindo um combate implacável ao sigilo bancário e outras demonstrações de ausência de transparência quanto à propriedade de ativos.

Este combate tem sido conduzido em nome da defesa da integridade dos sistemas fiscais, sufocados por vultosos encargos militares, de bem estar social e agora de maciças ajudas ao sistema financeiro e ameaçados por distorções e vácuos propiciadores de evasão. A isto acresce o clamor pela equidade no tratamento dos cidadãos, rompida quando a poupança oculta de uns conduz à oneração de outros.⁷²

A atual política de troca internacional de informações no âmbito da fiscalidade está fundamentalmente materializada em documentos internacionais que exprimem o padrão considerado ideal nesta área, sendo que a inobservância dos seus ditames coloca as jurisdições que com ele não se compatibilizem sob grave suspeição.

No que diz respeito às fontes internacionais em matéria de troca de informações, deve ser ressaltado que os modelos a que, comumente, obedecem os tratados que as preveem sofreram ultimamente significativas alterações⁷³.

Nesse contexto, no Brasil, ao tratar da Administração Tributária e da Fiscalização, o parágrafo único do art. 199 do Código Tributário Nacional⁷⁴, acrescentado pela Lei

⁷² XAVIER, Alberto. Troca internacional de informações: as novas tendências. *In Grandes questões atuais do direito tributário*, 13º volume, ROCHA, Valdir de Oliveira, São Paulo : Dialética, 2009, pp. 10-11.

⁷³ XAVIER, Alberto. Troca internacional de informações: as novas tendências. *In Grandes questões atuais do direito tributário*, 13º volume, ROCHA, Valdir de Oliveira, São Paulo: Dialética, 2009, p. 11.

Complementar 104/2001, estabelece que “A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos”.

5.5. Classificação

O instituto da troca de informações, no que diz respeito à iniciativa, classifica-se em a pedido (*on request*), automática e espontânea.

6. Tipos de troca de informações

O art. 26 do Modelo de Convenção da OCDE prevê que a troca de informações pode se dar em três modalidades diferentes: *on request*; *automatically*; *spontaneous*. Destaca-se que as mencionadas modalidades também podem ser combinadas entre si, bem como os Estados podem livremente adotar qualquer outra forma de troca de informações que lhes pareça conveniente.

A Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal preconiza, em seu Capítulo III, as formas de assistência, sendo que na Secção 1, trata da troca de informações:

1. De acordo com o disposto na presente Secção, as Partes trocarão as informações previsivelmente relevantes para a

⁷⁴ Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

administração e execução da legislação interna relativa aos impostos abrangidos pela presente Convenção.

2. [suprimido]

3. Uma Parte pode indicar, mediante declaração dirigida a um dos Depositários, que, em conformidade com o direito interno, as autoridades respectivas podem informar os seus residentes ou nacionais antes de prestarem as informações que lhes digam respeito, nos termos do disposto nos Artigos 5.º e 7.º.

6.1. Troca de informações a pedido

O art. 5.º da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal, ao tratar da troca de informações a pedido, dispõe que:

1. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido facultar-lhe-á todas as informações visadas no Artigo 4.º relativas a uma pessoa ou a uma transação determinada; e 2) Se as informações disponíveis nos processos fiscais do Estado requerido não lhe permitirem dar cumprimento ao pedido de informações, este Estado deverá tomar todas as medidas necessárias a fim de facultar ao Estado requerente as informações solicitadas.

6.2. Troca automática de informações

O art. 6.º da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal preconiza que “(...) Relativamente a determinadas categorias de casos e de acordo com os procedimentos que estabeleçam de comum acordo, duas ou mais Partes procederão automaticamente à troca de informações referidas no Artigo 4.º”.

6.3. Troca espontânea de informações

Já o art. 7.º da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal dispõe, quanto à troca espontânea de informações que:

1. Uma parte comunicará, sem pedido prévio, à outra Parte as informações de que tenha conhecimento, nas seguintes circunstâncias:

- a) a primeira Parte mencionada tem razões para presumir que existe uma redução ou uma isenção anómala de imposto na outra Parte;
- b) um contribuinte obtém, na primeira Parte mencionada, uma redução ou uma isenção de imposto susceptível de gerar um agravamento de imposto ou a sujeição a imposto na outra Parte;
- c) as transações comerciais entre um contribuinte de uma Parte e um contribuinte de outra Parte são conduzidas através de um ou mais países, de tal modo que daí pode resultar uma diminuição do imposto numa ou na outra Parte ou em ambas;

- d) um Parte tem razões para presumir a existência de uma redução do imposto resultante de transferências fictícias de lucros no seio de grupos de empresas;
- e) na sequência de informações transmitidas a uma Parte por outra Parte, a primeira Parte mencionada pôde recolher informações que se revelam de interesse para a determinação do imposto na outra Parte.

2. Cada Parte tomará as medidas e providenciará os procedimentos necessários para que as informações visadas no número 1 lhe sejam facultadas com vista à respectiva comunicação a outra Parte.

A troca de informações integra o acervo de medidas de assistência administrativa que os Estados dispõem para a satisfação de pedidos realizados por outros Estados com vista à obtenção de informações que, estando fora de suas fronteiras, não podem ser por eles diretamente obtidas por meio da prática de atos de autoridade, tendo em conta que sua força imperativa circunscreve-se a seu território, sendo que uma extraterritorialidade em sentido formal configuraria violação de soberania.⁷⁵

De acordo com Carlos Otávio Ferreira de Almeida,

A troca de informações fiscais, atualmente, concentra a atenção e os esforços não apenas da OCDE, mas de outros foros como ONU, UE, G-8, G-20, que vêm exercendo forte pressão por sua ampliação, inclusive com alteração do padrão a pedido para a troca de informações automática.

A UE, em seu Memo/13/533 (junho de 2013) sustenta ser a troca de informações fiscais automática, o melhor sistema para coletar o imposto sobre a renda e o capital detidos, no exterior, por seus residentes. Embora introduzida no âmbito da UE em 2005, pela Diretiva sobre Tributação da Poupança, a troca de informações fiscais automática

⁷⁵ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 7ª. ed. atual. e rev., Rio de Janeiro : Forense, 2010, p. 662.

foi ampliada para cobrir outras categorias de rendimentos, pela Diretiva de Cooperação Administrativa, em janeiro de 2013.⁷⁶

Diante do que foi exposto, vê-se que a troca automática de informações de contas financeiras proporciona às autoridades fiscais acesso automático a dados sobre contas mantidas por residentes no exterior, o que, não obstante os aplausos de muitos, é objeto de ferrenhas críticas de outros tantos, que sustentam a violação do direito à intimidade, à vida privada do cidadão, pois esse mecanismo promoverá a derrogação do direito fundamental ao sigilo bancário.

Tem-se, assim, que o denominado novo padrão global de troca de informações decorre de processo constante de aprimoramento do mecanismo de intercâmbio de informações sugerido pela OCDE.

O processo de globalização e a consequente facilitação do trânsito de capitais, bem como a necessidade de manter as bases de receitas públicas decorrentes da arrecadação fiscal, serviu de estímulo para que os Estados soberanos buscassem ampliar as medidas voltadas a assistência administrativa, de modo a facilitar o combate a sonegação fiscal por meio da troca internacional de informações⁷⁷.

7. Instrumentos internacionais para a troca de informações

No Brasil, as trocas internacionais de informações para fins fiscais tem abrigo nos instrumentos internacionais a que se vincula, dos quais podemos citar as Convenções de

⁷⁶ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, p. 122.

⁷⁷ Nesse sentido: *O instituto da troca internacional de informações insere-se no quadro das medidas de assistência administrativa prestada pelos Estados de modo a satisfazer pedidos formulados por outros Estados no sentido de obtenção de informações que, localizando-se no exterior do seu território, não podem ser por eles diretamente obtidas pela prática de atos de autoridade*. In, XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**, 8ª. ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 771.

Dupla Tributação – CDT, que se baseiam, no particular, no art. 26 da Convenção Modelo da OCDE, os Acordos Para Troca de Informações Fiscais (*Tax Information Exchange Agreements* – TIEA), a Lei de Conformidade Fiscal de Conta Estrangeira (*Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA), e a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal.

7.1. Convenções de Dupla Tributação – CDT

Desde o final do século XIX, os Estados firmavam convenções bilaterais com vistas a evitar a dupla tributação, por exemplo, as convenções que foram concluídas entre a Prússia e a Saxônia em relação aos impostos diretos em 16 de abril de 1869, entre a Áustria e a Hungria, sobre a tributação dos lucros das empresas em 18 de dezembro de 1869 e entre a Áustria e a Prússia em relação à evasão da dupla tributação em 21 de junho de 1899. Após a Primeira Guerra, vários tratados tributários foram concluídos e uma extensa rede foi desenvolvida na Europa.⁷⁸

Os atuais tratados fiscais celebrados entre os países industrializados e a estrutura desses tratados são, em grande medida, influenciados pelo trabalho do Comitê Financeiro e do Comitê Fiscal da OCDE. De fato, o primeiro estudo estrutural das consequências econômicas da dupla tributação foi concluído por um grupo de quatro economistas contido no Relatório⁷⁹ sobre a dupla tributação que foi apresentado ao Comitê Financeiro da Liga das Nações em 1923.⁸⁰

⁷⁸ UCKMAR, Victor. Double taxation conventions. In **International tax law**. AMATUCCI, Andrea (Edit.). GONZÁLEZ, Eusebio; TRZASKALIK, Christoph (Collabs.). Part. II, Chapter VI, Kluwer Law International, Holanda, 2006, p. 150.

⁷⁹ Relatório sobre a dupla tributação submetido ao Comitê Financeiro da Liga das Nações pelos Prof. Bruins (Commercial University, Rotterdam); Prof. Senator Einaudi (Turin University); Prof. Seligman (Columbia University, New York); Sir Josiah Stamp, K.B.E. (London University). Documento da Liga das Nações E.F.S.73. F.19; 5 de abril de 1923. (Genebra, 1923), p. 36.

⁸⁰ UCKMAR, Victor. Double taxation conventions. In **International tax law**. AMATUCCI, Andrea (Edit.). GONZÁLEZ, Eusebio; TRZASKALIK, Christoph (Collabs.). Part. II, Chapter VI, Kluwer Law International, Holanda, 2006, p. 150.

Diante da significativa atuação, pode-se dizer que o padrão global de troca de informações é o sugerido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Importa releva, neste particular, que as Convenções de Dupla Tributação – CDT celebradas pelo Brasil seguem o Modelo de Convenção proposto pela OCDE.

Sem olvidar o escopo principal — resguardar a competitividade no âmbito internacional, bem como facilitar o movimento recíproco de investimento com jurisdições parceiras —, o Brasil tem relação de troca de informações fiscais, por meio da celebração de CDTs, com 33 jurisdições:⁸¹ África do Sul, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coreia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Peru, Portugal, República Checa, Rússia, Suécia, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela.

O art. 26⁸² do Modelo de Convenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (MC OCDE) é a principal⁸³ norma regulamentadora da troca de informações em matéria fiscal, em nível internacional.

⁸¹ Disponível em: <<http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#agreements>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

⁸² “Article 26 - EXCHANGE OF INFORMATION

1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2.

2. Any information received under paragraph 1 by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, the determination of appeals in relation to the taxes referred to in paragraph 1, or the oversight of the above. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions. Notwithstanding the foregoing, information received by a Contracting State may be used for other purposes when such information may be used for such other purposes under the laws of both States and the competent authority of the supplying State authorises such use.

3. In no case shall the provisions of paragraphs 1 and 2 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation:

a) to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practice of that or of the other Contracting State;

b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State;

c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information the disclosure of which would be contrary to public policy (ordre public).

O MC OCDE prevê três⁸⁴ formas de troca de informações: 1) a requerimento de um Estado; 2) automática; e 3) espontânea. Ressalta-se que as referidas formas podem ser combinadas, sendo que os Estados podem livremente adotar qualquer forma de troca de informações que lhes pareça mais conveniente.

Cumprir destacar que os parágrafos 2º e 3º do art. 26 do MC OCDE condiciona a cooperação administrativa entre as administrações tributárias à confidencialidade das informações recebidas, devendo a troca de informações ocorrer somente quando o Estado requerente se comprometer a tratar os dados recebidos como sigilosos.

Desde a década de 1960, mais especificamente do ano de 1963, o MC da OCDE já previa uma base jurídica para a troca de informações em matéria fiscal, o que é disposto

4. If information is requested by a Contracting State in accordance with this Article, the other Contracting State shall use its information gathering measures to obtain the requested information, even though that other State may not need such information for its own tax purposes. The obligation contained in the preceding sentence is subject to the limitations of paragraph 3 but in no case shall such limitations be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because it has no domestic interest in such information.

5. In no case shall the provisions of paragraph 3 be construed to permit a Contracting State to decline to supply information solely because the information is held by a bank, other financial institution, nominee or person acting in an agency or a fiduciary capacity or because it relates to ownership interests in a person."

⁸³ Estabelece o padrão internacional de troca de informações.

⁸⁴ Commentary on Article 26: In: Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Commentary, Approved by the OECD Council on 17 July 2012:

9. The rule laid down in paragraph 1 allows information to be exchanged in three different ways:

a) on request, with a special case in mind, it being understood that the regular sources of information available under the internal taxation procedure should be relied upon in the first place before a request for information is made on the other State;

b) automatically, for example when information about on or various categories of income having their source in one Contracting State and received in the other Contracting State is transmitted systematically to the other State; ~~see (cf. the OECD Council Recommendation of the OECD Council C(81)39, dated 5 May 1981, entitled "Recommendation of the Council concerning a standardised form for automatic exchanges of information under international tax agreements", the OECD Council Recommendation C(92)50, dated 23 July 1992, entitled "(Recommendation of the Council concerning a standard magnetic format for automatic exchange of tax information)", the OECD Council C(97)29/FINAL, dated 13 March 1997 (Recommendation on the use of Tax Identification Numbers in an international context) C(97)29 FINAL dated 13 March 1997, the OECD Council Recommendation,~~

~~C(97)30/FINAL, dated 10 July 1997 entitled "(Recommendation of the Council of the OECD on the Use of the Revised Standard Magnetic Format for Automatic Exchange of Information") and the OECD Council C(2001)28/FINAL, dated 22 March 2001 (Recommendation on the use of the OECD Model Memorandum of Understanding on Automatic Exchange of Information for Tax Purposes C(2001)28/FINAL);~~

c) spontaneously, for example in the case of a State having acquired through certain investigations, information which it supposes to be of interest to the other State.

9.1 These three forms of exchange (on request, automatic and spontaneous) may also be combined. It should also be stressed that the Article does not restrict the possibilities of exchanging information to these methods and that the Contracting States may use other techniques to obtain information which may be relevant to both Contracting States such as simultaneous examinations, tax examinations abroad and industry-wide exchange of information. These techniques are fully described in the publication "Tax information Exchange between OECD Member Countries".

no art. 26 da referida Convenção Modelo. Com o decorrer dos anos, referido artigo foi revisto e ampliado, sendo que a versão mais recente foi aprovada pelo Conselho da OCDE em 17 de julho de 2012.

Essa versão atualizou-o, fazendo a previsão da troca de informações a pedido, em que a informação “previsivelmente relevante” para a administração tributária do Estado requerente seja fornecida, independentemente de sigilo bancário ou interesse fiscal interno do Estado requerido.

Com a revisão, o art. 26 foi atualizado de modo a permitir explicitamente os pedidos de grupo, no qual as autoridades fiscais podem solicitar informações acerca de um grupo de contribuintes, sem a necessidade de nomeá-los individualmente. Contudo, o pedido não pode tratar de uma “expedição de pesca”.⁸⁵

A nova redação dada ao art. 26 busca aplicar uma forma mais eficaz e facilitar a troca de informações fiscais entre as administrações tributárias na luta contra a fuga de receitas fiscais.

Importa lembrar que, em maio de 1996, a OCDE foi incumbida de desenvolver medidas com vistas a combater os efeitos nocivos da concorrência fiscal prejudicial. O Comité da OCDE sobre assuntos fiscais se desincumbiu dessa tarefa, apresentando em 1998 o relatório denominado *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue* (Competição Fiscal Prejudicial – Uma Questão Global Emergente).

Esse relatório recomenda a intensificação da cooperação entre os Estados, uma vez que a prática de concorrência fiscal nociva à política fiscal de um Estado pode ser acobertada pelo bloqueio de acesso às informações sobre os contribuintes.

Com o objetivo de incrementar as discussões acerca das práticas fiscais nocivas e desenvolver instrumentos para combatê-las, como a implementação de troca de informações fiscais efetiva, foi criado o Fórum Global.⁸⁶

⁸⁵ *Fishing expedition.*

⁸⁶ *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes.*

A OCDE orienta que o enfrentamento da evasão fiscal e dos denominados “paraísos fiscais” deve ser feito por meio da cooperação entre os Estados, tendo como uma das formas efetiva a troca de informações entre as administrações fiscais.

Verifica-se que as disposições contidas no art. 26 do MC da OCDE representam a principal norma regulamentadora⁸⁷ da troca de informações em matéria fiscal em nível global.

A par do carácter de sugestão das disposições explicitadas pelo art. 26 do MC da OCDE, a troca de informações pode ser baseada em uma série de instrumentos legais⁸⁸, dos quais podem ser citados, entre outros, as cláusulas de troca de informações⁸⁹ constantes nos acordos de dupla tributação e, especificamente, no âmbito da União Europeia, a Diretiva de Assistência Mútua⁹⁰.

7.2. Acordos para Troca de Informações Fiscais (Tax Information Exchange Agreements – TIEA)

Além do Modelo de Convenção para Evitar a Dupla Tributação — que, como visto, trata da troca bilateral de informações fiscais entre países, em seu art. 26 —, a OCDE, por meio do Grupo de Trabalho do Fórum Global, elaborou um modelo para os Acordos para Troca de Informações Fiscais (TIEAs), que apresenta como objetivo promover a cooperação internacional em questões fiscais por meio do intercâmbio de informações que se façam importantes para a aplicação das leis domésticas dos países em relação aos impostos previstos nesses acordos.

⁸⁷ Convém ter sempre em mente que se trata de um modelo.

⁸⁸ Base legal para a troca de informações em matéria fiscal.

⁸⁹ Noticia-se que a primeira troca de informação foi prevista em cláusula inserida em alguns Tratados celebrados pela Bélgica com a França, a Holanda e o Luxemburgo, entre os anos de 1843 e 1845.

⁹⁰ Directiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos directos.

O Modelo apresenta duas versões. A versão multilateral, que, diferentemente de um acordo multilateral tradicional, não é vinculante, apenas propõe a base para um conjunto de acordos bilaterais, vinculando cada parte contratante com aquelas que, especificamente, indicar em seu instrumento de ratificação. A versão bilateral propõe-se a servir de modelo para acordos de troca de informações entre duas jurisdições.⁹¹

Esse Modelo de Acordo, que cuidava apenas da troca de informações a pedido⁹², foi desenvolvido por membros e não membros da OCDE⁹³, e lançado em abril de 2002, e, em junho de 2015, o Comité de Assuntos Fiscais da OCDE aprovou um Modelo de Protocolo ao Acordo, que pode ser usado por jurisdições que desejem ampliar o alcance de seus TIEAs existentes para abranger a troca automática e/ou espontânea de informações. Ao assim proceder, as jurisdições podem, então, embasar acordo bilateral de autoridade competente com a finalidade de implementar a troca automática de informações de acordo com o Padrão Comum de Relatório (*Common Reporting Standard* – CRS) ou a Troca Automática de Relatórios de País-por-País (*Country-by-Country Reports*) em um TIEA, particularmente nos caso em que não seja (ainda) possível trocar informações automaticamente ao abrigo de um Acordo Multilateral de Autoridade Competente.⁹⁴

A celebração dos TIEAs aumentou bastante, e de forma bem rápida, pois, em 15.11.2008, havia 44 TIEAs assinados, passando para 457, em 09.03.2011, ou seja, em menos de três anos houve um aumento superior a 900%.⁹⁵ O Brasil assinou 8 (oito)

⁹¹ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, p. 121.

⁹² “Artigo 5

Troca de informações a pedido

1. A Autoridade competente da Parte requerida deve fornecer, mediante solicitação, informações para os fins mencionados no Artigo 1. Essa informação deve ser trocada sem considerar se o comportamento investigado constitui um crime nos termos da legislação da Parte requerida se tal conduta ocorreu na Parte requerida.”

⁹³ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, p. 121.

⁹⁴ <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/taxinformationexchangeagreementstieas.htm>, acesso em 7/7/2017.

⁹⁵ CARVALHO, André de Souza; CARVALHO JÚNIOR, Hernani. Troca de informações entre autoridades fiscais – O art. 26 dos acordos de bitributação. In VASCONCELOS, Roberto (Coord.). **Estudos avançados de direito tributário**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2012, pp. 13-14.

acordos desse tipo (TIEA), com Bermudas, Estados Unidos da América, Guernsey, Ilhas Cayman, Jersey, Reino Unido, Suíça e Uruguai.⁹⁶

Os TIEAs, em qualquer de suas versões, representa uma das formas de implantação dos padrões internacionais sobre a troca de informações em matéria fiscal. Lembre-se de que as convenções de dupla tributação podem também ser utilizadas com esse mesmo desiderato.

7.3. Lei de Conformidade Fiscal de Conta Estrangeira (*Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA⁹⁷)

Em conta da sua importância para a evolução do instrumento da troca automática de informações, no âmbito internacional, entende-se relevante a abordagem da denominada FATCA.

Importa, inicialmente, assinalar que a FATCA não é um acordo, mas, em verdade, uma lei norte-americana que é implementada por acordos bilaterais com cada um dos países.

Vale ressaltar que durante a crise de 2008 um dos grandes problemas ocorrido nos EUA foi a evasão de divisas, pois, diante do colapso, volumosos patrimônios saíram daquele país para os nominados paraísos fiscais — jurisdições de baixa tributação e alta confidencialidade dos dados. Assim, em face das dificuldades para identificar o patrimônio evadido, o governo americano editou o FATCA, que visa obter o máximo de informações a respeito das transações financeiras realizadas pelos contribuintes norte-americanos.

⁹⁶ <<http://www.eoi-tax.org/jurisdictions/BR#agreements>>. Acesso em 09 jun. 2017.

⁹⁷ Norma americana, de efeitos extraterritoriais, que tem por escopo combater a evasão fiscal, exigindo dos contribuintes norte-americanos (*U.S. Persons*) titulares de contas e ativos financeiros fora do território americano o cumprimento da legislação tributária dos EUA.

A Lei de Conformidade Fiscal de Conta Estrangeira (FATCA), que foi aprovada, e promulgada em 2010, como parte da Lei *HIRE* (*Hiring Incentives to Restore Employment Act*), Lei de Incentivos à Contratação para Recuperação de Empregos, é uma lei dos Estados Unidos da América, que pretende combater a evasão fiscal e, geralmente, exige que as instituições financeiras estrangeiras e certas entidades não financeiras informem, diretamente e detalhadamente, ao *Internal Revenue Service* – IRS⁹⁸, acerca de ativos estrangeiros mantidos por americanos titulares de contas ou que sejam sujeitos à retenção de pagamentos na fonte, bem como os americanos que detenham participação substancial em entidades estrangeiras. A Lei *HIRE* também contém norma que exige que os cidadãos americanos declarem, dependendo do valor, suas contas financeiras estrangeiras, bem como ativos que possuam no exterior.⁹⁹

As informações a serem reportadas dizem respeito a dados pessoais e financeiros de *U.S. Persons* e *U.S. Entities* como: nome, endereço, número de identificação fiscal, saldo e movimentação de contas bancárias. A informação deve ser prestada quando, no caso de pessoa natural (*US Individual/Person*), o valor da conta bancária ultrapassar U\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) ou, no caso de pessoa jurídica (*US Entities*), o valor do saldo em conta exceder a U\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares americanos).¹⁰⁰

O procedimento de envio das informações a serem reportadas far-se-á de forma eletrônica e automática, sem que sejam necessárias quaisquer autorizações judiciais, administrativas ou, ainda, instauração de qualquer procedimento ou pedido. Essa nova concepção metodológica de troca de informações revela substancial mudança em comparação com os modelos de troca de informações para assuntos fiscais existentes, que sempre apregoam o respeito às normas internas de cada Estado sobre o sigilo bancário.

⁹⁸ O IRS é uma seção do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos da América responsável pela administração fiscal daquele País. (Disponível em: <<https://www.irs.gov/uac/the-agency-its-mission-and-statutory-authority>>. Acesso em 06 jun.2017.) Assemelha-se à Receita Federal do Brasil.

⁹⁹ Disponível em: <<https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

¹⁰⁰ Disponível em: <<https://www.irs.gov/businesses/corporations/summary-of-fatca-reporting-for-us-taxpayers>>. Acesso em: 12 set. 2017.

O dilema que se apresenta, *in casu*, consiste em como conjugar a tutela do sigilo bancário do contribuinte com o irrestrito acesso às informações bancárias pelo Fisco, quando a legislação interna dos Estados, especialmente quando uma norma legal ou a jurisprudência subordinar referido acesso a certos procedimentos, como a prévia instauração de procedimento administrativo fiscal ou autorização judicial específica.

É certo que o instituto da troca automática de informações teve um grandioso impulso com a aprovação da *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, que apresenta exigência no sentido de que as instituições financeiras estrangeiras forneçam às autoridades fiscais norte-americanas informações sobre dados financeiros de residentes americanos. E esse impulso é observado na formulação de proposta para adoção de normativo semelhante pela União Europeia e pelos países-membros da OCDE, que se constituiria em um regime de troca de informações global.

Devido às expressivas questões legais e aos custos envolvidos, os EUA desenvolveram, juntamente com Alemanha, Espanha, França, Inglaterra e Itália, um modelo para a implementação intergovernamental da FATCA. Esse modelo prevê a implementação da FATCA por meio de relatórios elaborados pelas instituições financeiras que são encaminhados às autoridades fiscais locais, que, por sua vez, as intercambiam, automaticamente, com a autoridade fiscal norte-americana.¹⁰¹ Os Estados referidos, mais a Suíça, foram, então, os primeiros países a negociar com os EUA acordos bilaterais com vistas à cooperação na implantação da FATCA.¹⁰²

Conforme Carlos Otávio Ferreira de Almeida,

A FATCA é nitidamente voltada ao combate da opacidade. Basicamente, com sua entrada em vigor, instituições financeiras estrangeiras deverão prestar informações ao IRS, sob pena de retenção

¹⁰¹ OECD, *Automatic Exchange of Financial Account Information, Background Information Brief*. Updated: January 2016.

¹⁰² ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, p. 122.

de 30% dos ganhos oriundos de fonte norte-americana, acerca de seus clientes norte-americanos bem como de suas transações financeiras.¹⁰³

Por meio do Decreto 8.506, de 24.08.2015, internalizou-se no Brasil o Acordo Intergovernamental entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para melhoria da observância tributária internacional e implementação da FATCA, firmado em Brasília, em 23.09.2014.

Esse acordo vem viabilizar a troca automática de informações financeiras para fins fiscais entre Brasil e EUA, devendo ser observado que as informações recebidas sujeitam-se às regras de confidencialidade aplicáveis aos contribuintes de cada país.

No âmbito dos EUA, a Declaração de Direitos do Contribuinte prevê que os contribuintes têm o direito de esperar que qualquer informação que forneçam ao IRS não seja divulgada, a menos que seja autorizada pelo próprio contribuinte ou por lei. Os contribuintes têm o direito de esperar que sejam tomadas medidas adequadas contra empregados e outros que usem ou divulguem as suas informações.¹⁰⁴

O processo de introdução da norma FATCA no ordenamento jurídico brasileiro fará com que o Judiciário seja chamado a apreciar, discutir e decidir sobre a constitucionalidade formal e material da norma introduzida no país e os reflexos da alteração no sentido e alcance interpretativo da proteção ao sigilo bancário no mundo, porquanto a incorporação da norma implica, indene de dúvida, a alteração da concepção e os limites do sigilo bancário.

O tratamento e as pressões que o tema sigilo bancário recebe no cenário internacional altera a concepção constitucional do instituto no que diz respeito à proteção à vida privada e à intimidade e, com certeza, repercute na moldura jurídica

¹⁰³ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, p. 122.

¹⁰⁴ *Taxpayer Bill of Rights*. <<https://www.irs.gov/taxpayer-bill-of-rights>>. Acesso em 09 Jun. 2017.

interna. Nesse contexto, é possível observar uma movimentação¹⁰⁵ no tratamento jurisprudencial da questão pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

¹⁰⁵ Diante dos acirrados debates acerca do tema, promovidos pelas correntes doutrinárias antagônicas, optou-se em usar o termo “movimentação”, em vez de “evolução”.

Quadro resumido do desenvolvimento da troca de informações:

1963 – Primeira versão da Convenção Modelo da OCDE

1980 – Primeira versão da Convenção Modelo da ONU

1988 – Primeira versão da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal

1998 – OCDE edita o relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*

2000 - Criação do Fórum Global para a Transparência e Troca de Informações em Matéria Fiscal

2002 – O Fórum Global faz publicar o *Model Agreement on Exchange of Information on Tax Purposes* – Modelo de Acordo para Troca de Informações em Matéria Fiscal

2009 – Reestruturação do Fórum Global, adesão do Brasil e retirada das reservas ao art. 26 do Modelo de Convenção da OCDE. (Reunião do Fórum Global no México.)

2010 (Março) – Edição, nos EUA, do *Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE)*, que promoveu na oportunidade o *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*

2010 (Maio) – Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (abertura para assinatura do Protocolo que alterou a Convenção)

2011 – Reunião do G20 em Cannes (o Brasil assina a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária)

2012 – Alemanha, Espanha, França, Inglaterra e Itália concordam com a troca automática de informações no contexto do FATCA

2013 (Maio) – Aprovado o Tratado para a Troca de Informações Relativas a Tributos, firmado entre Brasil e EUA (Decreto 8.003/2013)

2013 (Setembro) – G20 incumbe a OCDE desenvolver um *Common Reporting Standard*

2014 – Desenvolvimento do *Common Reporting Standard*

2015 – Instrução Normativa da RFB 1.571, que disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil

2016 – Supremo Tribunal Federal reconhece, no julgamento do Recurso Extraordinário 601.314 e da ADI 2390, a constitucionalidade do acesso das autoridades fiscais a dados bancários dos contribuintes

2016 – Aprovado o Decreto 8.842/2013, fazendo entrar em vigor no Brasil a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária.

II - O NOVO PADRÃO GLOBAL PARA TROCA INTERNACIONAL DE INFORMAÇÕES EM MATÉRIA FISCAL

1. Troca automática de informações fiscais

A partida, há de ser esclarecido que a troca automática¹⁰⁶ de informações fiscais consiste na comunicação sistemática de informações predefinidas e para fins fiscais ao Estado-contratante de residência do contribuinte por outros Estados-contratantes, sem a necessidade de pedido prévio, devendo ser realizada a intervalos regulares preestabelecidos.¹⁰⁷

A troca de informações, nos termos no art. 26 do MC da OCDE, limitava-se às informações para a aplicação de convenção de dupla tributação. Entretanto, com a adoção de uma interpretação extensiva, passou-se a reconhecer que a troca de informações deve abranger todos os fatos relacionados a impostos e que se mostrem relevantes para a aplicação da legislação tributária de um país. Assim, lembre-se, aqui, de que as convenções de dupla tributação celebradas pelo Brasil apresentam como objetivo, além do principal, que é evitar a dupla tributação, a prevenção da evasão fiscal.¹⁰⁸

¹⁰⁶ “9. [Ways of Exchange] (...)

b) automatically, for example when information about one or various categories of income having their source in one Contracting State and received in the other Contracting State is transmitted systematically to the other State; see the Recommendations of the OCDE Council C(97)29/FINAL, dated 13 March 1997 (Recommendation on the use of Tax Identification Numbers in an international context) and C(2001)28/FINAL, dated 22 March 2001 (Recommendation on the use of the OCDE Model Memorandum of Understanding on Automatic Exchange of Information for Tax Purposes), DOURADO, Ana Paula, in **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**, Fourth edition, Edited by Ekkehart Reimer and Alexander Rust, Wolters Kluwer, Vol. 2, p. 1836.

¹⁰⁷ Art. 1, nº 1 da Diretiva 2014/107/UE, que dá nova redação ao Art. 3, nº 9 da Diretiva 2011/16/UE.

¹⁰⁸ CARVALHO, André de Souza; CARVALHO JÚNIOR, Hernani. **Troca de informações entre autoridades fiscais – O art. 26 dos acordos de bitributação**. In VASCONCELOS, Roberto (Coord.). *Estudos avançados de direito tributário*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2012, p. 2.

2. O futuro da troca de informações

O resultado de uma pesquisa¹⁰⁹ realizada pela *Tax Justice Network*¹¹⁰ aponta que, em 2010, o Brasil figurava em 2º lugar em um *ranking* de 145 países, atrás apenas dos EUA, pois deixou de arrecadar mais de R\$ 490 bilhões de reais com a evasão fiscal. A entidade estimou, também com base em dados de 2010, que os denominados super-ricos brasileiros detinham o equivalente a mais de R\$ 1 trilhão de reais em paraísos fiscais.

As jurisdições em todo o mundo compartilham o entendimento da necessidade de ações mais eficazes e eficientes na luta contra a elisão e evasão fiscais internacional, de modo que a cooperação entre as administrações tributárias se apresenta como fundamental nessa luta, figurando a troca de informações como instrumento primordial dessa cooperação, pois grandes patrimônios são mantidos no exterior sem a devida tributação na medida em que os contribuintes não cumprem as obrigações tributárias em suas jurisdições de origem.

Como já vimos, a OCDE desempenha, há tempos, relevante papel para viabilizar uma maior cooperação tributária e aprimorar todas as formas de troca de informações — a pedido, espontânea e automática — e a Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria de Imposto e o art. 26 do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE fornecem uma base para todas as formas de troca de informações.

Enquanto parecia que o mais alto degrau na área da troca de informações já tinha sido atingido, iniciou-se um movimento¹¹¹ rumo à troca automática de informações.¹¹²

¹⁰⁹ *Tax Justice Network. The cost of tax abuse – A briefing paper on cost of tax.*

¹¹⁰ Rede de Justiça Fiscal (em tradução livre) é uma organização internacional independente, criada em 2003, que, baseada em Londres, desenvolve trabalhos na área relacionada a impostos, paraísos fiscais e globalização financeira, atuando na análise e divulgação de dados sobre tributação e paraísos fiscais.

¹¹¹ De fato, o movimento pode ser visto em 2012. Em particular, em fevereiro de 2012, quando cinco países europeus (França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido) anunciaram sua intenção de desenvolver um sistema de troca de informações multilateral com os Estados Unidos da América, de modo a implementar as regras do FATCA.

¹¹² OBENSON, Xavier. *International Exchange of Information in Tax Matters Towards Global Transparency*. EE Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2015, p. 11.

A busca por mais transparência fiscal fez com que, no ano de 2009, a troca de informações a pedido se tornasse o padrão internacional. Entretanto, tal medida mostrava-se insuficiente. Assim, após o compromisso dos líderes do G8, firmado em junho de 2013, de estabelecer a troca automática como o novo padrão global, os líderes do G20 aprovaram, então, a proposta da OCDE de um modelo efetivamente global de troca automática de informações e convidou a OCDE a desenvolver juntamente com os países do G20 um novo padrão único para a troca automática de informações a tempo para a reunião do G20 de fevereiro de 2014. Em fevereiro de 2014, os Ministros das Finanças do G20 e os Governadores dos Bancos Centrais aprovaram o padrão global para a troca automática de informações fiscais.

O apoio político ao novo padrão global de troca automática ficou evidenciado na reunião do Conselho Ministerial da OCDE, realizada em Paris, de 6 a 7 de maio de 2014, com a adoção da Declaração sobre a Troca Automática de Informações em Assuntos Fiscais. Os adeptos declararam sua determinação em implementar o novo padrão global de forma rápida e recíproca, apelando a todos os centros financeiros a fazerem o mesmo sem demora, e ressaltou a necessidade de prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento para ajudá-los a se beneficiar do novo padrão. Em 15 de julho de 2014, o Conselho da OCDE aprovou o Padrão para Troca Automática de Informações Financeiras em Matéria Fiscal.

3. Troca automática de informações de conta financeira para fins fiscais

De tudo o que foi visto, verifica-se ser lugar comum a necessidade de uma troca de informações mais eficiente e eficaz com o objetivo de enfrentar os diversos tipos de abusos fiscais. A ausência de informações específicas e precisas acerca das atividades econômicas, dos investimentos e rendimentos do contribuinte, em nível mundial, inviabiliza a realização, por parte das autoridades fiscais do Estado, de um lançamento adequado das obrigações fiscais do contribuinte. A disponibilização de informações

mostra-se fundamental para a efetiva aplicação fiscal, o que pode atuar, também, como um efeito dissuasivo sobre a conduta de outros contribuintes.

O padrão de troca de informações previa a troca integral de informações a pedido para propósito fiscal, não podendo ser negada com base na alegação de sigilo bancário. O padrão previa também salvaguardas à confidencialidade das informações trocadas. Contudo, alguns especialistas em tributação apregoavam a necessidade de mudança para um sistema internacional de troca automática de informações porquanto a troca de informações a pedido exige a indicação de contribuinte específico, sendo a troca automática mais proativa e preventiva. A troca de informações a pedido se mostra mais adequada aos processos de revisão e auditoria após o fato.

Convém salientar que em alguns países já existe, no âmbito doméstico, um fornecimento automático de informações. No Brasil, citam-se, como exemplo, as informações fornecidas automaticamente pelos empregadores à autoridade fiscal sobre os salários dos empregados, os tabeliões sobre negociações, as imobiliárias sobre rendas de aluguéis, etc. Nesse contexto, diversas partes ressaltaram que os principais obstáculos para a troca automática de informações não são propriamente questões de princípio, mas os desafios práticos de como estruturar um sistema eficaz para coletar e trocar informações, bem como os desafios políticos para chegar a um acordo sobre tal sistema.

4. Um padrão global para troca automática de informações de conta financeira em Matéria Fiscal

Em 21 de julho de 2014, foi publicada pela OCDE a versão completa do Padrão para Troca Automática de Informações de Conta Financeira em Matéria Fiscal, desenvolvido pela OCDE juntamente com o G20, que representa o consenso internacional sobre a troca automática de informações sobre conta financeira para fins

fiscais, em base de reciprocidade.¹¹³ Em 27 de março de 2017, foi publicada pela OCDE a segunda edição.

A troca automática de informações de conta financeira para fins fiscais ganhou enorme espaço nos fóruns competentes e se tornou, efusivamente, o instrumento mais sugerido para uma eficaz fiscalização e controle das receitas tributárias passíveis de se evadirem dos Estados. Contudo, arrisca-se a dizer que o tema carece de um debate mais abrangente, em particular no Brasil, quanto à proteção dos direitos dos contribuintes.

Conforme o novo Padrão Global para Troca Automática de Informações de Conta Financeira, as jurisdições, por meio de suas autoridades fiscais, obtêm informações de suas instituições financeiras e as trocam com outras jurisdições anualmente. O Padrão estabelece as informações a serem intercambiadas, as instituições financeiras que devem relatar os diferentes tipos de contas e os contribuintes abrangidos, bem como os procedimentos comuns para uma devida diligência, a serem seguidos pelas instituições financeiras.

Assim, acredita-se que esse novo padrão global reduz a possibilidade de ocorrência de evasão fiscal, pois possibilita a descoberta de fuga de receitas fiscais que não eram detectadas anteriormente, o que permite que os governos recuperem receitas fiscais possivelmente escondidas. Acredita-se, outrossim, que haverá o fortalecimento dos esforços internacionais para aumentar a transparência, a cooperação e a responsabilidade entre as instituições financeiras e as administrações fiscais.

O Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Propósitos Fiscais, que reúne mais de 120 jurisdições, trabalhou intensamente para garantir a efetiva implementação das normas sobre troca de informações para fins fiscais. Em agosto de 2014, criou um processo de compromisso para permitir que seus membros se comprometessem com um cronograma para implementar o novo Padrão. Todos os membros do Fórum, além de países em desenvolvimento, que não possuem um centro financeiro, foram convidados a comprometer-se a dar início as trocas automáticas de

¹¹³ OECD (2014), *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264216525-en>> (OECDiLibrary)

informações de acordo com o Padrão, reciprocamente, com jurisdições interessadas, a partir de 2017 ou 2018.

Em 29 de outubro de 2014, 51 jurisdições assinaram o primeiro acordo de autoridade multilateral competente para trocar automaticamente informações, nos termos do art. 6º da Convenção Multilateral. A presença de 38 ministros na cerimônia de assinatura demonstrou o grande significado desse evento, revelando-se a maior reunião de ministros com o objetivo de implementar medidas conjuntas com vistas a enfrentar a evasão fiscal. Várias jurisdições aderiram ao acordo multilateral de autoridade competente, aumentando enormemente a rede de jurisdições dispostas a trocar informações automaticamente por meio desta via multilateral.

O denominado acordo de autoridade competente detalha quando e quais informações serão trocadas. Trata-se de um modelo de acordo multilateral.

No ano de 2009, ocorreu um grande avanço em direção a mais transparência fiscal, quando a troca de informações mediante solicitação tornou-se o padrão internacional. Nos anos subsequentes, em razão de intensas manifestações e movimentação dos organismos internacionais, houve novas mudanças na questão da transparência fiscal. Em 9 de abril de 2013, os Ministros das Finanças da França, Alemanha, Espanha e Reino Unido (países que desenvolveram os acordos intergovernamentais FATCA com os EUA) anunciaram sua intenção de passar a realizar intercâmbio de informação nos moldes do FATCA com outras jurisdições, além do acordo firmado com o próprio EUA.

A OCDE e o G20, com a cooperação da UE, produziram um novo padrão global para a troca automática de informações sobre contas financeiras¹¹⁴, denominado Padrão Comum de Relatório (CRS)¹¹⁵. De acordo com esse novo modelo os Estados devem obter informações específicas de suas instituições financeiras e trocá-las com outros Estados em uma base anual.

Estabelece as informações da conta financeira a serem trocadas, as instituições financeiras que devem reportar as informações, os diferentes tipos de contas e os

¹¹⁴ OCDE, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*.

¹¹⁵ No original, em inglês, *Common Reporting Standard (CRS)*.

contribuintes abrangidos, bem como os procedimentos comuns de diligência a serem seguidos pelas instituições financeiras. Consiste de dois componentes: a) o Padrão Comum de Relatório (CRS), que contém as regras de informações e de diligência devida a ser impostas às instituições financeiras; e b) o Modelo de Acordo de Autoridade Competente (CAA)¹¹⁶, que contém as regras pormenorizadas sobre a troca de informações.

Para evitar que haja burla por parte dos contribuintes, o CRS é projetado com um amplo campo e em três dimensões: 1) as informações financeiras que devem ser comunicadas, relativas às contas reportáveis, incluem todos os tipos de rendimentos de investimento (incluindo juros, dividendos, receitas de determinados contratos de seguro e outro tipos semelhantes de rendimentos), bem assim os saldos de contas e os resultados das vendas de ativos financeiros; 2) as instituições financeiras obrigadas a comunicar as informações não são apenas os bancos e as casas de custódia, mas também outras instituições financeiras, tais como corretoras, certos veículos de investimentos coletivos e certas companhias de seguros; e 3) as contas reportáveis incluem contas de indivíduos e entidades (que inclui *trusts* e fundações), o padrão inclui ainda uma exigência de informar sobre os indivíduos que efetivamente controlam essas entidades.

O CRS descreve também os procedimentos de diligência devida que devem ser seguidos pelas instituições financeiras para identificar as contas reportáveis.

A versão completa do Padrão para a troca automática de informações financeiras no âmbito da fiscalidade, que foi lançado após a aprovação pelo Conselho da OCDE, a 25 de julho de 2014, divide-se em três partes e sete anexos.

As três partes do Padrão são: (I) a introdução; (II) o texto do Modelo de Acordo de Autoridade Competente (CAA) e o CRS; e (III) os Comentários sobre os Modelos CAA e CRS. Os sete anexos do Padrão são: (1) o Modelo Multilateral do CAA; (2) o Modelo do CAA sem reciprocidade; as modalidades técnicas, que incluem (3) o esquema CRS e guia do usuário, e (4) um questionário com relação a confidencialidade de dados e salvaguardas; (5) a abordagem mais ampla para o CRS; (6) a Declaração sobre a troca automática de informação em matéria fiscal; e (7) a Recomendação relativa ao Padrão.

¹¹⁶ No original, em inglês, *Competent authority agreements (CAA)*.

Apresentado aos ministros das Finanças do G20, na reunião de setembro de 2014, e aos líderes do G20, na cimeira de Brisbane, em novembro de 2014, o Padrão Global para Troca Automática de Informações sobre Contas Financeiras foi bastante apoiado, havendo o compromisso de realizar sua implementação a tempo de começar os intercâmbios em 2017 ou 2018.

A implementação compreende quatro etapas: 1) traduzir os requisitos de notificação e da diligência devida para o direito interno; 2) selecionar uma base jurídica para a troca de informações; 3) preparar uma infraestrutura administrativa e de tecnologia da informação para o recolhimento e para a troca de informações no âmbito do Padrão; 4) proteger a confidencialidade dos dados.

5. O Brasil e a troca automática de informações de conta financeira para fins fiscais

Observa-se que o Brasil vem seguindo as diretrizes e regramentos apresentados pela OCDE, intensificando a transparência sob as recomendações da referida organização, de modo que promove uma progressiva relativização do denominado sigilo bancário.

Um indício de que o Brasil está envolvido na busca por uma maior transparência fiscal internacional pode ser verificado na edição da Lei 13.254¹¹⁷, de 13 de janeiro de 2016, que permite a regularização da situação fiscal¹¹⁸ e cambial de ativos e bens, de

¹¹⁷ Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País.

¹¹⁸ Perante a Receita Federal do Brasil.

peças naturais e jurídicas, mantidos no exterior. Essa medida promoveu a arrecadação de R\$ 46,8 bilhões.¹¹⁹

A edição da referida lei representa um prenúncio do engajamento do Estado brasileiro na implementação da troca automática de informações financeiras para fins fiscais, uma vez que permite às autoridades fiscais terem acesso automático a dados de contas mantidas por residentes no exterior e, antes da efetiva implantação do sistema, propicia aos contribuintes a alternativa de regularizar sua situação fiscal.

Além disso, em 30 de agosto de 2016, foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto 8.842, que, ao promulgar a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, que é tido como o instrumento mais completo para a troca internacional de informações fiscais entre administrações tributárias, ratifica e internaliza esse acordo no Brasil.

Com a entrada em vigor da referida Convenção no Brasil, a partir de 1º de outubro de 2016, cumpriram-se os requisitos legais necessários para a implementação das diversas formas de assistência administrativa em matéria tributária entre os países signatários, como a troca de informações para fins fiscais, nas modalidades a pedido, automático e espontâneo, as fiscalizações simultâneas e, quando for o caso, a assistência na cobrança de tributos.

Com a entrada em vigor da Convenção, além do aumento da rede de acordos mantidos pelo país, o Brasil se insere no ambiente global da troca automática de informações, conforme os novos padrões internacionais aprovados e endossados pelo G20, que, juntamente com a OCDE e outros organismos internacionais, aponta o intercâmbio automático de informações como a forma mais efetiva de prevenção e combate às formas de evasão fiscal.

O conjunto das iniciativas constantes na Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, no qual se inclui o Padrão para Troca Automática de Informações de Conta Financeira para Fins Tributários (*Standard for*

¹¹⁹ Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/novembro/tesouro-divulga-distribuicao-das-receitas-de-regularizacao-de-ativos-a-estados-e-municipios>>. Dados de 07.11.2016>. Acesso em: 14 maio 2017.

Automatic Exchange of Financial Account in Tax Matters, também denominado *Common Reporting Standard* – CRS) representa um passo definitivo para assegurar a isonomia na exigência do cumprimento de obrigações fiscais pelas pessoas naturais e jurídicas com atividades e investimentos no exterior.¹²⁰

¹²⁰ <http://idg.receita.fazenda.gov.br>

PARTE II

I - DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO E DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS

*“Não há Estado sem Direitos, nem Direitos sem Impostos,
Não há Impostos sem Dinheiro,
Não há Dinheiro sem Direito, nem Direito com Abuso.”¹²¹*

1. Direitos fundamentais

Como todo exercício de conceituação consiste em árdua tarefa, a conceituação de direitos fundamentais não é diferente.

Konrad Hesse declarou que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.¹²²

Carl Schmitt utiliza dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis* (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *dificultada* (*erschwert*), a

¹²¹ SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, João Taborda. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral anti-abuso. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo : Dialética, 2005, pp. 89-109.

¹²² HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13^a. ed. aum., Heidelberg, 1982. *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30^a. ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2015, p. 574.

saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.¹²³

Ingo Woflang Sarlet diz que “o termo Direitos Fundamentais é aplicado para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado”.¹²⁴

Acrescenta José Joaquim Gomes Canotilho ¹²⁵ que, por ser “um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”.

Salienta a extrema importância da constitucionalização dos direitos fundamentais, para o cidadão, porquanto:

De acordo com o que se acaba de dizer, os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (FRUNDRECHTSNORMEN). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon: “onde não existir Constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas

¹²³ SCHIMITT, Carl; *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 561.

¹²⁴ SARLET, Ingo Woflang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 559.

¹²⁵ CANOTILHO, J J Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 435.

como foros ou privilégios”. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas Constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas.

Não obstante célebres juristas tenham se debruçado com afincos a conceituar direitos fundamentais, fato é que “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso”.¹²⁶

2. Núcleo e Projeção dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam um núcleo irredutível e um campo de projeção em que o legislador pode, desde que haja previsão legal expressa, atuar estabelecendo restrições. Na inexistência de expressa disposição legal, prevalece a compreensão mais ampla da norma constitucional estabelecadora do direito fundamental.

Assim, os direitos fundamentais são direitos que hão de ser sempre protegidos, mesmo na inexistência de lei ordinária. A lei ordinária deve limitar-se a delinear o direito fundamental, não podendo invadir o núcleo do direito fundamental para anulá-lo.

Isso decorre da constatação de que quem detém o poder é levado a dele abusar, e de que o Estado, inclusive o legislador, não está indene de cometer ilícitos.

Embora não se atribua caráter absoluto aos direitos fundamentais, como a qualquer outro direito não se atribui, a excepcional relativização de um direito fundamental apenas se justifica na hipótese da possibilidade de efetiva ocorrência de

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, p. 175.

dano a outro direito fundamental, de modo a preservar os direitos fundamentais que casualmente se apresentem conflituosos.

As limitações aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição são somente aquelas limitações previstas no texto da própria Constituição ou aquelas limitações assentadas em leis tendentes a harmonizar o conflito que por ventura se apresente entre dois direitos fundamentais.

Registre-se, então, que as únicas limitações possíveis aos direitos fundamentais assegurados na Constituição são as que estão vaticinadas no próprio texto constitucional, ou estabelecidas em leis com o escopo de promover a conciliação entre direitos fundamentais diversos que, eventualmente, se apresentem incompatíveis.

Nesse ponto, veja-se o que Alexandre de Moraes diz a respeito da rara mitigação dos direitos e garantias:

(...) a regra, no Estado de Direito, é o pleno respeito às inviolabilidades constitucionais, permitindo-se, porém, excepcionalmente, a violação desses direitos e garantias.

Em algumas poucas hipóteses, o próprio texto constitucional prevê expressamente as exceções às inviolabilidades (por exemplo: art. 5º, XI e XII); em outras, existe a autorização genérica e, repitamos excepcional, para que o legislador ou mesmo o Poder Judiciário, mediante o caso concreto, afaste a inviolabilidade. Ressaltemos, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. É mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, sejam *adequadas* e justificadas pelo interesse público e atendam ao critério da *razoabilidade*. Em outros termos, tendo em vista a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta ao cidadão e os objetivos pretendidos.¹²⁷

¹²⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 170.

Por derradeiro, vale ressaltar que a positivação constitucional estabelecendo direitos fundamentais não se dá por acaso, há de ser compreendida como um instrumento de limitação do poder.

3. Funções dos Direitos Fundamentais

Conforme J. J. Gomes Canotilho, os direitos fundamentais executam as seguintes funções: função de defesa ou de liberdade; função de prestação social; função de proteção perante terceiros; função de não discriminação¹²⁸.

A primeira função dos direitos fundamentais é o resguardo da pessoa humana e da sua dignidade em face dos poderes do Estado.

A função de prestação social, importa dizer em direito a prestação, revela direito do particular a receber, por intermédio do Estado, alguma coisa. Como: educação, saúde, segurança social, segurança pública, etc.

Na denominada função de proteção perante terceiros, a relação que se estabelece não é entre o titular do direito fundamental e o Estado, incluindo-se aí as autoridades incumbidas de executar uma tarefa pertencente ao poderio estatal, mas entre os próprios indivíduos¹²⁹.

Atualmente, a função de não discriminação é a que se encontra em maior evidência, em especial pela doutrina norte-americana. Consigna J. J. Gomes Canotilho:

¹²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a. ed., 16 reimp. Coimbra : Edições Almedina, pp 407-410.

¹²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a. ed., 16 reimp. Coimbra : Edições Almedina, p. 409.

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdade e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e a formação profissional). Alarga-se, de igual modo, aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação).¹³⁰

Vale ressaltar que, embora a CRFB/88 seja expressa em exigir a igualdade dos cidadãos perante à lei, a legislação tributária nem sempre observa com rigor esse princípio. Isso porque, conforme afirma Betina Treiger Grupenmacher, o princípio da igualdade tributária

(...) Não raramente é aviltado pela legislação infraconstitucional, que não apenas ofende a capacidade contributiva do cidadão ao tributar-lhe a renda necessária para uma vida digna, mas também ao vedar-lhe a dedução de valores despendidos com educação, assistência médica e moradia, serviços, que *a priori*, são de incumbência exclusiva do Estado.¹³¹

4. Os titulares dos Direitos Fundamentais

A afirmação de que os Direitos Fundamentais são universais e absolutos não prevalece na doutrina. Isso porque podem ser relativizados, o que afasta o caráter

¹³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed., 16 reimp. Coimbra : Edições Almedina, pp. 409-410.

¹³¹ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e Direitos Fundamentais. *In*: FISCHER, Octavio Campos (Coord.) **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo : Dialética, 2004, p. 17.

absoluto, bem como os Direitos Fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico interno, pela Constituição de determinado Estado, não são extensíveis, é claro, a toda a humanidade. Assim, se os Direitos Fundamentais não são universais, releva-se importante determinar quem são os titulares desse tipo de direitos.

Em relação às pessoas naturais, pessoas singulares, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cita expressamente, no art. 5.º, os brasileiros natos, os naturalizados e os estrangeiros residentes no país. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil reconhece que, além dos brasileiros natos ou naturalizados e dos estrangeiros residentes no país, os estrangeiros em trânsito pelo país também podem ser titulares de direitos fundamentais.

No julgamento do *Habeas Corpus* 94.016, o Supremo Tribunal Federal foi além e decidiu que:

O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.¹³²

Assim, o Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu que os estrangeiros que, mesmo não estando no Brasil, forem, de alguma forma, alcançados pela legislação

¹³² STF, HC 94.016, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 26.02.2009.

brasileira, sujeitando-se, portanto, ao ordenamento jurídico brasileiro, poderão ser sujeitos ativos de direitos fundamentais, ou seja, titulares de direitos fundamentais.

Desse modo, no Brasil, podem ser titulares de direitos fundamentais, brasileiros natos, brasileiros naturalizados, os estrangeiros residentes no país, os estrangeiros em trânsito pelo território nacional e, até, os estrangeiros que não estando no Brasil forem atingidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No que se refere às pessoas jurídicas, às pessoas coletivas, a doutrina majoritária entende que elas podem, sim, ser titulares de Direitos Fundamentais. Com efeito, o art. 5.º, XVII a XXI, da Constituição brasileira de 1988, prevê direitos fundamentais que são dirigidos à pessoa jurídica. Cita-se como exemplo o caso da liberdade de associação.

Embora exista divergência doutrinária quanto à possibilidade de as pessoas jurídicas terem outros direitos fundamentais, além dos expressamente citados no texto constitucional, a maioria da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consideram que as pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos fundamentais desde que, é claro, sejam compatíveis com sua natureza.

A existência dos direitos fundamentais se verifica

(...)quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas – por isso mesmo – não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra.¹³³

Se há possibilidade de se falar na existência de uma área de garantias individuais, além das garantias penais, caracterizadora da generalidade das constituições, certamente esta trata da matéria tributária. O constitucionalismo foi instituído para, pondo fim à arbitrariedade típica do absolutismo, estabelecer o princípio da legalidade.

¹³³ MIRANDA, Jorge. Estado Social e Direitos Fundamentais *in* **Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos** / (organizado pelo) Gabinete do Ministro-Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2005, p. 201.

4.1. Titular dos Direitos Fundamentais no âmbito da fiscalidade

Antes de prosseguir na análise dos direitos fundamentais do contribuinte, especificamente quanto ao direito ao sigilo bancário, cumpre identificar quem é o sujeito titular de direitos fundamentais na seara tributária: o contribuinte.

4.1.1. Contribuinte pessoa natural¹³⁴

Embora a literatura jurídica seja escassa de trabalhos específicos sobre os direitos fundamentais do contribuinte — o que talvez possa ser atribuído ao fato de que o relacionamento entre o tributo e a liberdade é dramático, porque, não obstante o tributo seja a garantia da liberdade, possui a extraordinária aptidão de destruí-la¹³⁵ —, existe doutrina a fundamentar que os contribuintes são titulares de direitos fundamentais.

Historicamente, as grandes vitórias dos povos na luta para impor um controle no arbítrio do Estado se operaram no campo da fiscalidade. A história do imposto liga-se à história política da humanidade. A propósito, a história do imposto está intimamente ligada à história geral, à história econômica decerto, e, mais ainda, à história política. Poucos institutos afetaram tão profundamente a vida dos homens, suas relações e seu progresso.

¹³⁴ Em Portugal, a designação utilizada é pessoa singular.

¹³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Vol. III, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 35.

Na introdução geral de sua obra, *Histoire de L'impôt*, Gabriel Ardant¹³⁶ nos informa que:

L'impôt est une technique, une des techniques de la vie en société mais son histoire est autre chose que l'énumération des divers procédés inventés par les gouvernements pour s'approprier les ressources des contribuables. L'histoire de l'impôt est intimement liée à l'histoire générale, à l'histoire économique certes, mais aussi, et plus qu'on ne le croirait, à l'histoire politique. Il est peu d'institutions que aient plus profondément marqué la vie des hommes, leurs relations et leurs progrès.

Nous trouvons l'impôt à l'origine des grands événements qui ont transformé la condition humaine, par exemple de cette grande opération financière, la libération des serfs en Europe Occidentale à partir du XII^e ou du XIII^e siècle (...).¹³⁷

Dessa forma, quando se fala em relação entre o Estado e o cidadão, nada mais natural do que situar a pessoa singular como titular de direitos fundamentais no âmbito da fiscalidade, uma vez que todo cidadão é contribuinte.

¹³⁶ ARDANT, Gabriel. **Histoire de l'impôt. Livre I, De l'Antiquité au XVII^e siècle, Le grand études historiques**, Librairie Arthème Fayard, 1971, p. 9.

¹³⁷ Tradução livre, "O imposto é uma técnica, uma das técnicas da vida em sociedade, mas sua história enumera os diversos processos inventados pelos governos para se apropriar dos recursos do contribuinte. A história do imposto está intimamente ligada à história geral, à história econômica certamente, mas também, e mais do que se poderia pensar, à história política. Existem poucas instituições que mais marcaram profundamente a vida dos homens, seus relacionamentos e seu progresso.

Nós encontramos no imposto a origem dos grandes eventos que transformaram a condição humana, por exemplo, esta grande operação financeira, a emancipação dos servos na Europa Ocidental a partir do século XII ou XIII (...)."

4.1.2. Contribuinte pessoa jurídica¹³⁸

Não se olvida, no contexto da arrecadação fiscal, a existência de pessoas jurídicas como contribuintes, porém essa situação não elimina a tese dos direitos fundamentais do contribuinte, mas, por outro lado, indicam que as pessoas coletivas são também titulares de direitos fundamentais.

Jorge Miranda¹³⁹, ao tratar do princípio da universalidade e pessoa coletiva, leciona que, embora os direitos fundamentais, em geral, sejam direitos das pessoas singulares, as pessoas coletivas podem ser titulares de direitos, desde que esses direitos sejam compatíveis com a sua natureza, sendo que, nos termos do entendimento do Tribunal Constitucional português, a apuração se determinado direito pode ser exercido por pessoas coletivas deve ser feita caso a caso¹⁴⁰.

A Constituição da República Portuguesa¹⁴¹, ocupando-se dos direitos e deveres fundamentais, determina que todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres nela consignados, bem como as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

Nesse contexto, há que se ter em mente a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁴² ao ressaltar que

(...) não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular.

¹³⁸ Em Portugal, a designação utilizada é pessoa coletiva.

¹³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais**, Tomo IV, Coimbra Editora, 5ª. edição, 2012, p. 261/262.

¹⁴⁰ Acórdão nº 292/2008, de 29 de Maio, *in* Diário da República, 2ª. série, de 23 de Julho de 2008.

¹⁴¹ Art. 12.º, n.ºs 1 e 2.

¹⁴² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**, 9ª. ed., Saraiva, 2014.

Não obstante as pessoas coletivas serem titulares de direitos fundamentais, não é razoável cogitar, diante da natureza das pessoas coletivas, que elas podem ser titulares do direito à vida, à saúde, à liberdade física. Esses direitos somente são compatíveis com a natureza da pessoa singular¹⁴³.

Diante do fato de que a relação fiscal liga tanto as pessoas singulares como as pessoas coletivas ao Estado e de que os direitos fundamentais são uma proteção contra o arbítrio do Estado, não se pode afastar a ideia de titularidade de direitos fundamentais das pessoas coletivas.

J. J. Gomes Canotilho¹⁴⁴ consigna que o enunciado semântico do art. 12º/2 da Constituição da República Portuguesa determina o relevo jurídico de três conceitos, de modo que às pessoas coletivas são garantidos direitos fundamentais, bem como estão sujeitas aos deveres, compatíveis com a sua natureza.

Desse modo, toda pessoa que se apresente numa relação jurídica qualquer com o Estado e possa vir a ser vítima do arbítrio estatal deverá ser considerada titular de direitos fundamentais compatíveis com sua natureza e com a situação na qual se encontra.

O aprofundamento dos estudos acerca da relação entre os Direitos Fundamentais e o Direito Fiscal perpassa a “conscientização de que a tributação existe como forma de realização da justiça social, a fim de que se alcance o propósito estabelecido no Texto Constitucional de uma vida digna a todos”.¹⁴⁵

¹⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2008, p. 216.

¹⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed., 16 reimp. Coimbra : Edições Almedina, p. 420.

¹⁴⁵ GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e Direitos Fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.) **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo : Dialética, 2004, p. 9. A autora ressalta que o tema dos direitos humanos vinculado à ideia de tributação relaciona-se profundamente às ideias de cidadania, ética e moral.

5. Direito fundamental ao sigilo bancário

Será estudado, adiante, o direito ao sigilo bancário. Esta parte do trabalho se ocupará da análise do direito fundamental ao sigilo bancário.

A partida, vale ressaltar que a instituição do constitucionalismo veio a pôr fim à arbitrariedade absolutista e implementar garantias individuais no âmbito da fiscalidade. Contudo, conforme lembra Celso Lafer, positivar um direito humano “não elimina, e por vezes exacerba os problemas práticos de sua tutela”.¹⁴⁶

Não se olvida que o segredo e a discrição devem integrar a atividade bancária, uma vez que essa atividade desperta o interesse de terceiros, estranhos à relação financeira, podendo ser citados, entre outros, os credores do cliente, os concorrentes do banco, o Fisco.

Também não se olvida que o sigilo bancário, que tem profundas raízes históricas e culturais, é requisito fundamental de qualquer sistema bancário, pois os clientes não confiariam seus negócios financeiros aos bancos se a confidencialidade dos seus negócios com os bancos não pudesse ser assegurada. A divulgação não autorizada de tais informações às pessoas com quem fazem negócios (credores, clientes, por exemplo) podem comprometer os negócios dos clientes. De igual modo, a divulgação não autorizada de assuntos relativos às suas finanças pessoais também podem representar uma ameaça. De forma que os bancos devem garantir alto grau de confidencialidade para a realização de negócios. Embora o segredo bancário tenha surgido da relação contratual entre o cliente e o banco, essa proteção foi intensificada, em muitos países, por meio da legislação para garantir o direito do cliente à privacidade financeira.¹⁴⁷

O sigilo bancário, como expressão de um direito de personalidade, é a garantia dada pelo Estado ao contribuinte de que suas informações bancárias — e aí tudo o mais que elas encerram — não serão objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais, inclusive por parte do próprio Estado.

¹⁴⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 241.

¹⁴⁷ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, p. 19.

Embora não conste expressamente, a doutrina e a jurisprudência brasileira proclamam que o direito fundamental ao sigilo bancário está previsto no art. 5º, XII, da CRFB/88¹⁴⁸, pois diz respeito à intimidade¹⁴⁹ e à vida privada do particular. Assim, a inviolabilidade do sigilo de dados, prevista no art. 5º, XII, está diretamente relacionada ao direito fundamental à privacidade, preconizado no inciso X do referido artigo.¹⁵⁰

Com efeito, uma das justificativas para a manutenção do segredo bancário refere-se ao inciso XII do artigo 5º da CRFB/88. Entretanto, parte da doutrina afirma que este dispositivo diz com a transmissão de dados, não se referindo à atividade fiscalizatória sobre os rendimentos auferidos em atividades que geram impostos. Assim, o segredo bancário, que não é expressamente assegurado pela CRFB/88, constitui-se em instrumento de defesa da propriedade contra a curiosidade de terceiros, visando assegurar que a pessoa não terá a ação de sua comunicação de dados interceptada, mas não garantindo a inviolabilidade dos dados em si mesmos.¹⁵¹

O sigilo bancário, ao tempo em que confere ao cliente de um banco o direito ao segredo, exige da instituição bancária, e de seus funcionários obviamente, o dever de segredo acerca das movimentações bancárias e financeiras e dos dados pessoais que o cliente lhe tenha fornecido.

¹⁴⁸ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

¹⁴⁹ Quanto à privacidade e a intimidade, Mary Elbe Gomes Queiroz expõe que “Em todos os Estados Democráticos de Direito são consagrados e protegidos os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade. Já em Roma era considerado crime a abertura de cartas endereçadas à outra pessoa. Identifica-se como sendo a origem da construção da definição legal do direito à privacidade o trabalho publicado em 1890 por Brandies-Warren – *The Right to Privacy and the Birth of the Right to Privacy*, (Louis Brandies – futuro juiz da Suprema Corte e Samuel Warren – advogado), no qual eles defenderam o reconhecimento de tal direito e a necessidade de considerar delito e impor responsabilidade às respectivas intrusões.” (QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. A inexistência de sigilo bancário para o Fisco. **Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET**, p. 7)

¹⁵⁰ JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Sigilo Fiscal e Bancário. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coords.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo : Quartier Latin, 2005, p. 17.

¹⁵¹ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2006, pp. 221-222.

O sigilo bancário é, essencialmente, “um dever profissional dos bancários que consiste fundamentalmente na obrigação de confidencialidade no que respeita a identidade dos clientes, a proveniência e o montante das transferências”¹⁵².

Segundo Vasco Branco Guimarães:

O segredo bancário é uma expressão da componente económica da intimidade da vida privada e, como tal, merecedor da tutela constitucional na maioria dos países da OCDE. Alguns encontram nesta tutela constitucional uma proibição de acesso aos dados bancários de natureza absoluta e intransponível. São hoje, sem qualquer dúvida, uma minoria. O carácter de proteção da intimidade da vida privada que os dados da conta bancária reflectem não pode pôr em causa outros valores de ordem pública, como a justiça na tributação que um combate à fraude e evasão fiscais inculcam e exigem. O acesso aos dados bancários deverá, por isso, ser cuidadoso e restritivo. Cuidadoso, porque implica uma intromissão na intimidade do depositante e restritivo porque deve ser feito no estrito limite da necessidade pública que fundamenta a autorização de derrogação.

No direito comparado e na terminologia da OCDE, o acesso aos dados bancários apresenta-se como sendo possível por via directa ou indirecta. No acesso directo, a entidade autorizada não necessita da autorização do depositante nem de qualquer entidade superior. Já no acesso indirecto, torna-se necessária a autorização de entidade superior independente com poderes jurisdicionais ou semelhantes.¹⁵³

¹⁵² PALMA, Clotilde Celorico; SANTOS, António Carlos dos. **A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais**. Revista TOC. n. 146, gabinete de estudos, maio 2012, p. 47.

¹⁵³ GUIMARÃES, Vasco Branco. O segredo bancário: uma interpretação dos estudos da OCDE. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. 2a. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 139.

Várias são as teorias sobre o fundamento do sigilo bancário, tais como teoria contratualista, teoria consuetudinária, teoria da responsabilidade civil, teoria da boa-fé, teoria do segredo profissional, teoria do direito à intimidade.¹⁵⁴

Quanto à natureza jurídica, o sigilo bancário corresponde a uma obrigação jurídica que espelha um vínculo por meio do qual a instituição bancária sujeita-se a cumprir uma prestação em proveito de outrem.¹⁵⁵

O sujeito ativo da relação obrigacional do sigilo bancário é o cliente do banco, ou seja, a pessoa que utiliza os serviços bancários habitualmente.¹⁵⁶ O sujeito passivo, por sua vez, é aquele de quem se exige o dever de manter segredo, abrangendo todos os funcionários¹⁵⁷ do banco.¹⁵⁸

Assevera Sacha Calmon Navarro Coelho:

O “sigilo bancário” visa preservar as pessoas físicas e jurídicas de intromissões indevidas tanto por parte de particulares como por parte de autoridades públicas. Inobstante, o “sigilo bancário” não é ABSOLUTO, eis que diante do legítimo PODER DE POLÍCIA DO ESTADO, como ocorre nos EEUU, na França, na Alemanha e na Inglaterra, países sabidamente democráticos e capitalistas, admite-se a sua relativização por fundados motivos de ordem pública, notadamente derivados do combate ao CRIME, de um modo geral, e a evasão fiscal, omissiva e comissiva. Não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios à privacidade e do sigilo de dados, sem torná-

¹⁵⁴ Para uma pormenorização das teorias acerca do sigilo bancário, ver CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo bancário e o fisco**. Curitiba: Juruá, 2005.

¹⁵⁵ COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: LEUD, 2001, p. 87.

¹⁵⁶ COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: LEUD, 2001, p. 98.

¹⁵⁷ ABRÃO, Nélson. **Direito bancário**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58.

¹⁵⁸ Deve-se entender o termo banco de forma ampla, de modo que, além das instituições bancárias, submetem-se ao dever de sigilo as instituições financeiras em geral, bem assim outras entidades subordinadas à lei que regula o Sistema Financeiro Nacional, incluindo-se as sociedades de crédito, as cooperativas de crédito, as associações de poupança, as bolsas de valores, as distribuidoras e os agentes autônomos de investimentos (Conforme COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. São Paulo: LEUD, 2001, pp. 92-93).

los bastiões da criminalidade. De resto, reza a sabedoria popular que quem não deve não teme. A recíproca é verdadeira.¹⁵⁹

Conclui o referido autor no sentido da possibilidade da relativização do sigilo bancário, desde que para o atendimento do bem comum e observados os devidos procedimentos impostos por lei. *Verbis*:

Contudo, à interpretação da Constituição não repugna que tais direitos sejam relativizados em prol da segurança da sociedade, observados os devidos limites, como ocorre por toda a parte. Em suma, para quebrar o sigilo bancário, quando preciso, não se faz necessário alterar a Constituição. A sua redação sequer obsta a suspensão do sigilo, nos casos previstos em lei, em favor do bem comum. Finalizando, afirmamos que a questão é matéria de lei. Não se trata de questão constitucional. A lei maior põe o princípio, com temperamentos. Ao cabo, outros direitos, como o da liberdade, não obstam a prisão nem a penitenciária.¹⁶⁰

Dessa forma, o entendimento acima apregoa a possibilidade de a administração tributária ter acesso aos dados bancários de clientes, sem que isso configure violação aos princípios de respeito à privacidade e ao do sigilo bancário.

Contudo, há de ser registrado o pensamento exteriorizado por Arnaldo Wald, no sentido de que, no Brasil,

São inconstitucionais as limitações ao sigilo bancário quando não têm destinatários determinados, abrangendo a totalidade dos clientes de bancos, não mencionam ou preveem casos específicos nos quais as informações poderão ser requisitadas ou quando não há processo ou

¹⁵⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Princípios Constitucionais Tributários*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). In: **Cadernos de Pesquisas Tributárias**, vol. 18, São Paulo, Resenha Tributária, 1993, pp. 100-101.

¹⁶⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Princípios Constitucionais Tributários*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). In: **Cadernos de Pesquisas Tributárias**, vol. 18, São Paulo, Resenha Tributária, 1993, p. 101.

inquérito em curso, criando-se uma suspeição indevida e humilhante em relação a toda a população brasileira que tem conta em banco.¹⁶¹

A doutrina apregoa que o sigilo bancário reflete um direito fundamental da personalidade, evidenciando, por conseguinte, a proteção jurídica a ele dedicada pelo ordenamento positivo do Estado. Nesse sentido, Arnoldo Wald destacou a essencialidade da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade pessoal e da liberdade individual, considerando:

Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos dados pessoais é evidente que, diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos papéis de que tratam a Emenda nº IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência aos papéis que tanto o direito norte-americano quanto ao argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os “papéis” se transformaram em “dados” geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua

¹⁶¹ WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 79. In **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 116, out./dez. 1992, P. 252.

fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a proteção constitucional em virtude da referência expressa que a ele passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.¹⁶²

De qualquer modo, importa dizer que, em tema de sigilo bancário, é do conhecimento de todos que o segredo da informação consubstancia um dos aspectos mais delicados da troca de informações, sendo que o segredo que deve ser dispensado às informações dos contribuintes é reconhecido e protegido em várias jurisdições.

Marilene Talarico Martins Rodrigues expõe, com base em entendimento de Arnaldo Wald:

O respeito à privacidade e ao sigilo de dados são garantias individuais que devem ser preservadas. As informações pessoais e o “sigilo bancário” por implicar em privacidade dos cidadãos e de seu patrimônio são invioláveis e a ninguém é lícito tomar conhecimento do conteúdo dessas informações, não podendo ser objeto de alteração por

¹⁶² WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70. In **Caderno de direito tributário e finanças públicas**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Revista dos Tribunais. Ano 1, Out-Dez/1992, p. 206.

emenda constitucional, pois representa garantias contra o arbítrio do Poder ou de outros cidadãos.¹⁶³

Arnoldo Wald, por sua vez, escreve que

O sigilo bancário se enquadra no conceito mais amplo do segredo profissional, que tem merecido, na maioria das legislações, uma proteção muito ampla, ensejando até, a sua violação, caracterização de crime, como ocorre no Direito Brasileiro, cujo Código Penal, no seu art. 154 define o delito nos seguintes termos: 'Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem'.¹⁶⁴

Arnoldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins consideram que a quebra do sigilo bancário corresponde a um "entrave sério ao desenvolvimento econômico do país e inclusive à manutenção do adequado fluxo do capital estrangeiro do qual necessitamos".¹⁶⁵ E que "Países receptores de capitais estrangeiros consideram o respeito ao sigilo bancário como sendo uma premissa ou condição para que possam ser recebidos adequadamente os recursos externos".¹⁶⁶

Contudo, Aurélio Pitanga Seixas Filho expressa entendimento diferente, porquanto:

A autorização concedida pelo parágrafo primeiro do artigo 145 da Constituição Federal de 1988 para a autoridade fiscal identificar o

¹⁶³ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias**, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1993, p. 218.

¹⁶⁴ WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70. In **Caderno de direito tributário e finanças públicas**. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Revista dos Tribunais. Ano 1, Out-Dez/1992, p. 198.

¹⁶⁵ WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Constituição e o sigilo bancário. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo, v. 6, n. 23, Abr./Jun., 1998, pp. 23-24.

¹⁶⁶ WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 79. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 235.

patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, nada veio a acrescentar à ordem jurídica brasileira, porquanto a autoridade fiscal competente para cobrar o imposto incidente sobre o patrimônio ou a renda de uma pessoa tem competência, também, e concedida por lei, de fiscalizar o correto pagamento do imposto.

Para isto, tem o Fisco um dever-poder, para identificar o patrimônio e os rendimentos auferidos pelos contribuintes, com discricionariedade sobre o momento, a oportunidade e a forma de agir.

Por sua vez, os contribuintes não possuem qualquer direito subjetivo de se furtarem a identificar (confessar ou declarar) para o Fisco o seu patrimônio, todos os seus rendimentos e todas as suas operações tributadas, já que sonegar bens ou rendimentos será tipificado legalmente como crime.

Com respeito à inviolabilidade do sigilo de dados previsto no artigo quinto, inciso XII, da Constituição de 1988, seria bom lembrar que os direitos dos indivíduos são restringidos pelos direitos de seus semelhantes, no singular ou no plural (direitos individuais ou coletivos) preponderando o interesse da sociedade sobre o individual.

(...)

Nestas condições, pode o legislador, até mesmo o ordinário, especificar a graduação da violabilidade dos direitos individuais em defesa dos interesses juridicamente protegidos da sociedade.¹⁶⁷

Nesse contexto, afigura-se importante ressaltar o teor do art. 174 da CRFB/88, que dispõe:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e

¹⁶⁷ FILHO, Aurélio Pitanga Seixas. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias**, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, pp. 245-246.

planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

É possível, assim, realizar uma combinação harmônica dos direitos do contribuinte e do Fisco (como representante da coletividade).

José Eduardo Soares de Melo entende que, diante do aforisma:

(...) quem dá os fins (direito à instituição e arrecadação dos tributos) tem que dar os meios (direito à fiscalização) (...). A administração tem o poder-dever de conhecer os elementos patrimoniais (bens, direitos e obrigações), os rendimentos de qualquer natureza e as atividades do contribuinte, que contenham substrato econômico, [não se tratando,] propriamente, de considerar o tradicional postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, mas conciliar o direito do Estado, com o direito à cidadania e o estatuto do contribuinte.¹⁶⁸

Ao falar sobre Direito Constitucional, é evidente que os direitos e garantias individuais não se restringem àqueles descritos no capítulo I da CRFB/88, mas são todos os direitos e garantias assegurados no texto constitucional, em sua totalidade.¹⁶⁹

Zelmo Denari apregoa que o art. 145, § 1º, da CRFB/88¹⁷⁰ não tutela o direito ao sigilo de dados, mas sim o princípio da capacidade contributiva permitindo à administração pública adotar procedimento que, de certa forma, se contrapõe àquele

¹⁶⁸ MELO, José Eduardo Soares de. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias**, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1993, pp. 275-276.

¹⁶⁹ DENARI, Zelmo. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias**, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1993, p. 185.

¹⁷⁰ CRFB/88, “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

previsto no art. 5º, X e XII, da CRFB/88¹⁷¹, bem como que a norma constitucional permite que a administração tributária identifique o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, sem desrespeito aos direitos individuais.¹⁷²

Acrescenta referido autor estar convencido de que o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, acerca de hospedar o princípio constitucional do respeito à capacidade contributiva, atua como elemento limitador do alcance incidental de norma de mesma hierarquia, tratando-se, portanto, de ressalva implícita ao princípio do sigilo de dados que reputa não ser aplicável à matéria tributária, em favor do princípio da autoridade pública, que prioriza o interesse público frente ao direito privado.¹⁷³

Não obstante boa parte da doutrina brasileira perfilhe o entendimento a favor da preservação do sigilo bancário e da necessidade de prévia autorização para sua quebra¹⁷⁴, alguns autores defendem não ser justificável o uso do sigilo bancário para impedir que o Estado tenha conhecimento da receita do contribuinte, uma vez que a sociedade seria titular de parte daquela receita, exatamente a parcela que garante sua função social¹⁷⁵.

Para Fernando Lemme Weiss,

O apoio ao sigilo decorre muito mais da elevada carga tributária e de alguns abusos cometidos pelos órgãos fazendários do que de fundamentação jurídica. O excesso de facilidades fiscais, incluindo

¹⁷¹ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

¹⁷² DENARI, Zelmo. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Cadernos de pesquisas tributárias, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1993, p. 184.

¹⁷³ DENARI, Zelmo. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias**, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1993, p. 185.

¹⁷⁴ Em sentido oposto ao que preconiza a maioria das nações desenvolvidas.

¹⁷⁵ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2006, p. 220.

benefícios formais e perdas tributárias decorrentes da inadimplência e sonegação, é fator relevante para o constante aumento da carga tributária. O Estado nada mais é do que a personalização do universo de seres humanos permanentemente localizados em determinado território, e precisa da receita tributária para implementar as funções constitucionais. Quando alguns conseguem evadir-se através de expedientes como o sigilo, a carga tributária é naturalmente aumentada em relação aos demais, o que é ofensivo à capacidade contributiva e à justiça.¹⁷⁶

José Casalta Nabais — ao realizar estudo e escrever sobre “A crise do estado fiscal”, e ao lembrar que o tema já foi utilizado em 1918 por Joseph Schumpeter, *Das Krise des Steuerstaat*, republicado em *Aufsätze zur Soziologie*, em 1953 — apregoa que:

Ora é insustentável a situação a que uma parte significativa de contribuintes se conseguiu alcandorar, desonerando-se com assinalável êxito dos encargos implicados no pagamento dos impostos. Insustentável pela receita perdida que origina e, conseqüentemente, pelo *apartheid* fiscal que a mesma provoca, desonerando os favorecidos e fugitivos fiscais e sobrecarregando os demais contribuintes que, não podendo obter leis fiscais de favor ou “fugir” aos impostos, se tornam verdadeiros “reféns” ou “cativos” do Fisco por impostos alheios.¹⁷⁷

¹⁷⁶ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2006, pp. 220-221.

¹⁷⁷ NABAIS, José Casalta. A crise do estado fiscal. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). **Trajectórias de sustentabilidade – Tributação e investimento**. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra : Julho 2017, p. 52.

6. O sigilo bancário em tempos de globalização

O grande problema observado no âmbito internacional está em garantir uma conveniente proteção ao sigilo das informações do contribuinte, evitando que o seu segredo econômico-financeiro seja revelado, em decorrência da transferência de informações para outro Estado em que, por ventura, o instituto do sigilo das informações possua um regramento que confira menor proteção ao segredo do contribuinte do que o existente no Estado fornecedor da informação.

O direito à privacidade está previsto no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no sentido de que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito a proteção da lei”. Previsão semelhante também faz parte do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e no Pacto de San José da Costa Rica de 1969. Vale lembrar que o Brasil aderiu a ambos em 1992.

O disciplinamento do sigilo da informação trocada entre os Estados passou por visíveis mudanças na transição do Modelo de Convenção da OCDE do ano de 1963 para o de 1977. A redação constante do Modelo de 1963 determinava uma obrigação absoluta de sigilo, bem como previa que apenas as pessoas encarregadas da determinação e cobrança de tributos sujeitos à Convenção poderiam ter acesso à informação¹⁷⁸.

Do confronto entre as redações de ambos os Modelos de Convenção da OCDE verifica-se que o texto de 1977, no que tange à disciplina da segurança da informação, ao contrário da previsão de 1963, não trata a questão como uma proteção de privacidade absoluta mas relativa, no que diz respeito às leis internas dos Estados contratantes. Pode-se dizer, assim, que as informações fornecidas globalmente devem ser tratadas como informações obtidas por intermédio de atos internacionais mas realizados conforme a legislação nacional.

¹⁷⁸ ADONNINO, Pietro. Lo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie. In: UCKMAR, Victor (Coord.). **Diritto Tributario Internazionale**, III Edizione, CEDAM, 2005. p. 1152.

A relativa redução de proteção ao interesse de sigilo do contribuinte veio acompanhada de um limite adicional, qual seja, o de que as informações só podem ser utilizadas para determinados fins, sendo assegurado que a informação transmitida só pode ser conhecida pelas pessoas envolvidas com o mister da tributação, somente podem ser usados apenas para fins fiscais.

É de se notar que a restrição aplicada ao sigilo das informações, que passa a ser assegurado até certo ponto, relaciona-se diretamente com a crescente conscientização da grande importância da cooperação internacional em matéria fiscal.

Importa ressaltar que, diante do princípio geral do direito internacional *pacta sunt servanda*, o Estado requerido deve acreditar na boa-fé do Estado requerente e, assim, confiar na conformidade das regras do Estado requerente com as disposições da Convenção firmada.

Pietro Adonnino¹⁷⁹ faz particular observação em relação à questão do sigilo bancário, pois, conforme ressalta a administração tributária, tal sigilo poderia representar um limite para a troca de informações, de modo que a troca de informações bancárias não está sujeita a quaisquer limitações quando se prevê a reciprocidade.

Vale mencionar que na sequência do Relatório sobre a cooperação fiscal global em 2000, a possibilidade de uma troca de informações mais eficaz foi avaliada pelos delegados dos Estados membros da OCDE.

Assim, em 18 de abril de 2002, a OCDE fez publicar um Modelo de Acordo sobre Troca de Informações em Matéria Fiscal (Modelo TIEA), que despertou a expectativa de superar a previsão de troca de informações constante do Modelo Convencional para Evitar a Dupla Tributação, pois apresenta disposições que permitem que as trocas se operem de forma mais autônoma, mais completa e, portanto, de forma mais eficaz.

O objetivo do mencionado Acordo é promover a cooperação internacional em questões fiscais por meio da troca de informações. Foi desenvolvido pelo Grupo de Trabalho do Fórum Global da OCDE para lidar com práticas fiscais nocivas. A falta de

¹⁷⁹ ADONNINO, Pietro. Lo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie. In: UCKMAR, Victor (Coord.). **Diritto Tributario Internazionale**, III Edizione, CEDAM, 2005. p. 1155.

troca de informações, de forma efetiva é um dos principais incentivos a práticas fiscais prejudiciais.

Em 2015, no mês de junho, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE aprovou um Modelo de Protocolo ao Acordo o qual pode ser utilizado pelas jurisdições que desejem ampliar o alcance de seus TIEA existentes para cobrir também a troca automática e/ou espontânea de informações.

Quanto à confidencialidade das informações dos contribuintes, o Modelo de TIEA sugere que a troca de informações para fins fiscais deve estar sempre associado a rigorosas garantias no sentido de que as informações somente sejam usadas para os fins especificados no artigo 1 do Acordo. O respeito pela confidencialidade das informações é necessário para proteger os interesses legítimos dos contribuintes.

É estabelecido que qualquer informação recebida nos termos do Acordo por uma Parte Contratante deve ser tratada como segredo, sendo que as informações podem ser divulgadas apenas para as pessoas e autoridades envolvidas na avaliação ou cobrança, execução ou acusação, ou na determinação dos impostos abrangidos pelo Acordo.

Contudo, importante novidade é que as informações devem ser fornecidas independentemente de avaliações, não devendo ser dificultada por segredos bancários. De modo que, sem prejuízo das regras que garantam as salvaguardas concedidas às partes interessadas pelas leis ou práticas do país requerido, a obtenção das informações não pode prejudicar ou atrasar indevidamente a troca de informações.

Assim, diante do caminho percorrido na luta contra a opacidade, verifica-se que os organismos internacionais e as jurisdições preocupadas com a fuga de receitas fiscais buscam implementar e/ou aprimorar mecanismos para afastar o entendimento de que “Países receptores de capitais estrangeiros consideram o respeito ao sigilo bancário como sendo uma premissa ou condição para que possam ser recebidos adequadamente os recursos externos”.¹⁸⁰

¹⁸⁰ WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 79. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 235.

7. Sigilo bancário na OCDE

No âmbito do Direito Tributário Internacional, a OCDE vem dispensando, há tempo, especial atenção ao tema do sigilo bancário. Nesse contexto, em 1977, ela elaborou estudo que concluiu que todos os países apresentavam disposições em suas legislações internas que possibilitavam às instituições financeiras recusar prestar informações referentes aos seus clientes. Essa recusa poderia acobertar situações de pouca transparência, impondo prejuízos tanto à administração fiscal como aos próprios contribuintes.¹⁸¹

Com a divulgação do referido estudo, várias jurisdições concordaram com a ideia de que as autoridades fiscais não deveriam ser tidas como simples terceiros quanto ao sigilo bancário, mormente se estivesse presente a facilitação e viabilização de fraudes fiscais.¹⁸²

Em 1985, no Relatório *Taxation and the Abuse of Bank Secrecy*,¹⁸³ a OCDE aventou fosse atenuado o sigilo bancário em face das autoridades tributárias. Na sequência, no ano de 1998, a OCDE apresentou o Relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*,¹⁸⁴ em que objetivava fornecer uma melhor compreensão das práticas fiscais prejudiciais e sugerir medidas para combatê-las. Recomendou-se que os países membros reavaliassem suas legislações pertinentes ao acesso à informação bancária, de modo a afastar as objeções existentes ao acesso a tais dados pelas autoridades tributárias.

Publicado em março de 2000 pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, o Relatório *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes* tece considerações acerca de medidas necessárias ao aprimoramento da cooperação internacional em relação à troca de informações que estão em poder de bancos e demais instituições financeiras para propósitos fiscais. O mencionado Relatório teve como principais

¹⁸¹ AZEVEDO, Maria Eduarda. **O sigilo bancário**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1988, p. 55-56.

¹⁸² AZEVEDO, Maria Eduarda. **O sigilo bancário**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1988, p. 55-56.

¹⁸³ Tributação e o Abuso do Segredo Bancário.

¹⁸⁴ Competição Fiscal Nociva: Uma Questão Global Emergente.

objetivos: a) relatar as posições dos países-membros da OCDE quanto ao acesso à informação bancária; b) propor medidas com o escopo de melhorar o acesso à informação bancária para fins fiscais¹⁸⁵. Esse Relatório visava, então, estabelecer um padrão ideal de acesso a informações bancárias em que todos os países membros devem se engajar efetivamente, de forma a permitir o acesso a informações bancárias, direta ou indiretamente, para todos os efeitos fiscais, para que as Autoridades Fiscais possam cumprir suas atribuições.

Não obstante admita a legitimidade e relevância do segredo bancário, a OCDE participa sua preocupação com a possibilidade de contribuintes evitarem a tributação opondo o sigilo bancário às autoridades fiscais.

Em levantamento feito, a OCDE expõe que os governos de todos os seus membros reconhecem a importância de se permitir às autoridades fiscais o acesso às informações bancárias dos contribuintes para certas finalidades de aplicação da lei. Cita como exemplo a lavagem de dinheiro.¹⁸⁶

Apregoa que o acesso às informações bancárias, por parte das autoridades fiscais pode melhorar consideravelmente a capacidade de fiscalização e, conseqüentemente, de arrecadação do Estado, sendo que a confidencialidade das informações não fica comprometida, porquanto é exigido das autoridades, em todos os países membros da OCDE, sujeição a rigorosos controles sobre como as informações do contribuinte devem ser manuseadas, incluindo-se aí as informações bancárias. Além do que todos os Estados membros possuem rígidos regramentos para a proteção da confidencialidade das informações fiscais, incluindo severas sanções por violação da confidencialidade.¹⁸⁷

A OCDE registra que o acesso inadequado à informação bancária configura-se verdadeiro empecilho à atuação da administração fiscal e, por conseguinte, à correta aplicação da legislação tributária.

Negar às autoridades fiscais o acesso à informação bancária de contribuintes pode gerar conseqüências danosas ao Estado, tanto no âmbito interno como no

¹⁸⁵ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, p. 3.

¹⁸⁶ Expressão também conhecida como “branqueamento de capitais”.

¹⁸⁷ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, pp. 8-9.

internacional¹⁸⁸. No âmbito doméstico, pode inibir a capacidade de as autoridades fiscais determinar e cobrar a quantidade certa de imposto, acarretando desigualdades fiscais entre contribuintes. No plano internacional, pode prejudicar a cooperação fiscal global eficiente, que, certamente, refletirá no âmbito doméstico. Dessa maneira, acaba por promover uma distorção na carga tributária, gerando desilusão quanto à justiça fiscal.

Se, por um lado, o processo de globalização, o aprimoramento tecnológico e a liberalização dos movimentos de capital criam um ambiente propício a várias transações, disponíveis a um número cada vez maior de contribuintes, por outro lado, possibilitam que mais contribuintes tenham acesso mais fácil a formas de evitar a correta imposição fiscal. Assim, ao tempo em que a falta de acesso às informações bancárias para fins fiscais aumentaram exponencialmente, as tradicionais fontes de informações — controle de câmbio, por exemplo — sobre as transações foram removidas. Por isso, as autoridades fiscais precisam manter-se a par das oportunidades propiciadas à realização de atividades ilegais e às novas oportunidades para os contribuintes escaparem da imposição fiscal.¹⁸⁹

Nesse contexto, as autoridades fiscais manifestam preocupação com a diminuição do número de contribuintes, como aqueles cujos ativos e relações econômicas estão escondidos em contas no estrangeiro. Assim, a decisão de um país impedir ou restringir o acesso às informações bancárias para fins fiscais afetará negativamente as administrações fiscais de outros países. Por conseguinte, as autoridades fiscais estão mais preocupadas com as limitações impostas por outras jurisdições.

O novel cenário global faz com que as autoridades fiscais estimem que os limites ao acesso bancário com propósitos fiscais causaram: a) o comprometimento de sua capacidade de determinar e arrecadar o imposto devido pelos contribuintes; b) a promoção de desigualdades entre contribuintes que têm acesso aos recursos que facilitam burlar à legislação tributária e aqueles que não têm; c) desigualdade de tratamento fiscal entre o capital mobiliário e os rendimentos advindos do trabalho ou de propriedade imóvel; d) desestímulo ao cumprimento voluntário das obrigações fiscais; e) aumento dos custos da administração tributária e a consequente elevação das

¹⁸⁸ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, p. 9.

¹⁸⁹ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, p. 11.

obrigações fiscais por parte dos contribuintes; g) injusta competição fiscal; h) bloqueio da cooperação internacional entre as Administrações Fiscais.¹⁹⁰

Vê-se que os trabalhos da OCDE são no sentido de promover uma remodelação do entendimento acerca do segredo bancário no âmbito internacional. Desse modo, para os novos desafios, recomenda que os países membros permitam que as autoridades fiscais tenham acesso às informações bancárias, direta ou indiretamente, para qualquer finalidade fiscal, de forma a dar cumprimento a missão de recuperação de receitas tributárias e de promover uma efetiva troca de informações. Com esse desiderato, o Comitê de Assuntos Fiscais apresenta as seguintes propostas: a) pôr em prática as medidas necessárias para prevenir as instituições financeiras de manter contas anônimas e requerer a identificação de seus clientes usuais ou ocasionais, assim como daquelas pessoas em cujo benefício as contas são abertas ou as transações são realizadas; b) reexaminar toda exigência impositiva de interesse fiscal nacional que impeça sua administração fiscal de solicitar ou fornecer a outro país membro, no contexto de um pedido de informações específicas, informações que ela poderia obter no plano nacional para fins fiscais, de forma que essas informações possam ser transferidas, modificando-se, se necessário, sua legislação, regulamentação ou práticas administrativas; c) reexaminar políticas e práticas que não permitem às autoridades fiscais ter acesso à informação bancária, direta ou indiretamente, visando a possibilitar a transferência dela em casos de operações de natureza fiscal que impliquem condutas criminais, de forma a modificar, se necessário, sua legislação, regulamento ou práticas administrativas. Com relação ao acesso indireto às informações bancárias, isto é, por meio de processo judicial, deve-se atentar para que os procedimentos não sejam tão onerosos e demorados a ponto de atuarem como impedimentos ao acesso. Na implementação dessas medidas inclui-se a revisão da viabilidade administrativa e a capacidade dos sistemas de informação.¹⁹¹

No mencionado Relatório, a OCDE — com vistas a conhecer a possibilidade ou não de as autoridades fiscais terem acesso aos dados bancários — procurou verificar, por meio de questionários, as práticas usuais dos países quanto ao segredo bancário, concluindo que as autoridades tributárias podem obter informações bancárias para fins

¹⁹⁰ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, p. 11.

¹⁹¹ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, p. 13-15

fiscais sem qualquer barreira na Austrália, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Nova Zelândia, Espanha e Turquia. Nos demais países o acesso é limitado, devendo ser ressaltado que as limitações variam bastante de país para país. Na Bélgica, deve ser demonstrado, pelo auditor fiscal, elementos concretos presumindo a existência ou a preparação de práticas fiscais fraudulentas por parte do contribuinte. Na Grécia, o Controlador de Impostos tem o direito de pedir os dados bancários, desde que esteja verificando os assentamentos de um contribuinte determinado e tenha a concordância do Inspetor de Finanças. Na Holanda, exige-se que a informação seja relevante para a cobrança do tributo, ou em caso de pedido de outro país signatário de tratado. Na Polônia, devem-se observar as condições estipuladas no código de obrigações fiscais, e desde que se trate de pessoa determinada. Nos Estados Unidos da América, devem ser observados os critérios da boa-fé estabelecidos no caso *Powell*: a) a investigação de boa-fé; b) a relevância da informação demandada para a investigação; c) a observância de todos os procedimentos administrativos requeridos; d) a informação ordenada que ainda não se encontra em poder da administração fiscal; tais critérios foram concebidos sob o espírito liberal nos tribunais americanos, sendo que os bancos respondem regularmente às intimações do IRS sem necessidade de intervenção judicial. Na República Eslovaca, não há limite para o acesso à informação, mas a requisição deve ser por escrito. No Canadá, o acesso é feito sem limitações, desde que se trate de uma pessoa determinada, sendo que as informações específicas podem ser obtidas sob autoridade de requerimento. Na Irlanda, exige-se que a autoridade tenha fundadas razões para acreditar que a instituição financeira provavelmente disponha de informações relevantes que digam respeito a imposto devido. Na Coreia, um requerimento escrito deve ser enviado à instituição financeira, indicando dados pessoais da pessoa, o objetivo da utilização da informação e a natureza dos dados pedidos. No Reino Unido, deve haver o consentimento de um delegado independente, que deve se certificar de que os documentos são relevantes para a investigação. Na Islândia, no México e na Suécia, é possível o acesso sem limitações, desde que se trate de uma pessoa determinada. Por derradeiro, na Alemanha, na Hungria e no Japão, o acesso é possível desde que se trate de pessoa suspeita de fraude fiscal.¹⁹²

¹⁹² *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, pp. 74-78.

Em alguns países o acesso às informações bancárias somente é possível mediante intervenção judicial. Na Áustria, somente é possível se houver processo judicial ou se o contribuinte consentir. Em Portugal, elas somente podem ser obtidas se houver processo penal em curso ou se uma ordem é emanada de um tribunal a pedido da administração fiscal, ou ainda em caso de contas bancárias com benefícios fiscais (caso da poupança-aposentadoria). Na Suíça e em Luxemburgo, o acesso à informação bancária somente é possível através de autoridades judiciárias e em caso de pessoa suspeita de fraude fiscal.¹⁹³

Com base na pesquisa elaborada pela OCDE, por meio de questionamentos respondidos por seus países membros, produziu-se o seguinte quadro, que sintetiza como a questão do acesso às informações bancárias pela administração fiscal desses países são tratadas:

- i) Austrália, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Noruega, Nova Zelândia, Espanha, Turquia e República Eslovaca permitem o acesso ilimitado, sendo que no caso da República Eslovaca exige-se requisição por escrito;
- ii) Canadá, Grécia, Islândia, México, Polônia, Suécia e Estados Unidos, permitem acesso ilimitado, mas desde que a pessoa seja determinada. No caso dos Estados Unidos, ainda, desde que, como visto, sejam observados os critérios da boa-fé estipulados no caso *Powell*: a) investigação de boa-fé; b) relevância da informação para investigação; c) respeito a todos os procedimentos administrativos pertinentes; e d) a administração fiscal não disponha da informação pretendida;
- iii) Bélgica, Alemanha, Hungria, Irlanda, Japão, Coreia, Holanda e Reino Unido permitem acesso desde que a pessoa seja suspeita de fraude fiscal; e,
- iv) Áustria, Suíça e Luxemburgo permitem o acesso desde que haja autorização judicial.

¹⁹³ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000, pp. 74-78.

Como mencionado, inicialmente, o citado Relatório foi publicado em março de 2000. À época, em Portugal também exigia-se autorização judicial para que a administração tributária tivesse acesso às informações bancárias. Contudo, em 29 de dezembro de 2000, Portugal publicou a Lei 30-G¹⁹⁴, que prevê a possibilidade de acesso direto pelos agentes fazendários, sob prévias condições.

7.1. Reformulação da concepção jurídica do sigilo bancário no cenário internacional

A OCDE, no Relatório *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes* — com base em análises de recentes alterações no ordenamento jurídico dos países membros — indica também as tendências no mundo no que se refere ao acesso à informação bancária¹⁹⁵.

O *disclosure* apregoadado intensamente pelos organismos internacionais e pelas jurisdições, que buscam combater a evasão fiscal de forma efetiva, põe a questão do direito fundamental ao sigilo bancário em oposição, na opinião de alguns doutrinadores, ao dever, também fundamental, de pagar impostos.

Independentemente do ponto de vista adotado, a derrogação do sigilo bancário reclama uma atenção deveras especial.

Os ministros das Finanças dos 28 países da União Europeia chegaram a um acordo para estender a troca automática obrigatória de informações fiscais entre os Estados-membros a todos os tipos rendimentos. Objetiva-se, com essa iniciativa, que

¹⁹⁴ Reforma a tributação do rendimento e adopta medidas destinadas a combater a evasão e fraudes fiscais, alterando o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, o Estatuto dos Benefícios Fiscais, a Lei Geral Tributária, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código de Procedimento e de Processo Tributário e legislação avulsa.

¹⁹⁵ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. OCDE, 2000.

será implementada a partir de 2017, o fortalecimento na luta contra a fraude e a evasão fiscal.

O comprometimento alcançado por unanimidade, como é exigido para as questões fiscais, foi possível após Áustria e Luxemburgo, os dois únicos países da União Europeia que mantêm o sigilo bancário levantarem suas reservas. Concordou-se conceder à Áustria um ano extra para que se proceda aos ajustes técnicos necessários para a devida implementação da troca automática de informações.

Esta nova norma faz com que dividendos, mais-valias de capital, outras formas de ingressos financeiros e saldos de contas sejam adicionadas à lista das categorias que já se encontram sujeitas à troca automática de informações no âmbito da União Europeia.

Na reunião do Conselho dos Assuntos Econômicos e Financeiros (*Economic and Financial Affairs Council* – ECOFIN), de 14 de outubro de 2014, quando se chegou a um acordo sobre a diretiva destinada a fortalecer a luta contra a fraude e a evasão fiscal, o Comissário responsável pela Fiscalidade e União Aduaneira, Estatísticas, Auditoria e Antifraude, Algirdas Semeta, declarou: *“Bank secrecy is dead, and automatic exchange of information will be applied in its widest form”*.¹⁹⁶ Na mesma oportunidade, o Ministro da Economia e das Finanças da Itália, que presidiu a reunião, Pier Carlo Padoan, disse: *“Today we took a major step towards greater transparency marking the end of bank secrecy in tax matters in the European Union”*.¹⁹⁷

¹⁹⁶ European Commission. Speaking points by Commissioner Algirdas Semeta (Commissioner responsible for Taxation and Customs Union, Statistics, Audit and Anti-fraud) at the ECOFIN press conference. Economic and Finance Ministers Council, Luxembourg, 14 October 2014.

¹⁹⁷ European Council. Council of the European Union. Economic and Financial Affairs Council, 14/10/2014. Meeting n° 3338, Luxembourg, 14 October 2014. www.consilium.europa.eu

8. A derrogação do sigilo bancário

O aumento do número de informações que apresentam significativo interesse fiscal a que a autoridade fiscal tem acesso direto, representando uma maior transparência nas relações entre a autoridade fiscal e os contribuintes, foi fortalecido pelas grandes alterações promovidas no segredo bancário.

Em Portugal,¹⁹⁸ uma expressiva modificação no assunto sigilo bancário, para efeitos fiscais, ocorreu em 2005 quando a administração tributária passou a ter acesso aos dados sem necessidade de consentimento do contribuinte quando fundados indícios indicarem a prática de crime tributário.¹⁹⁹

Como apregoa Vasco Branco Guimarães,

O segredo bancário não é um direito absoluto, pelo que pode sofrer derrogações desde que previstas na lei e com fundamento em razões de interesse público. Aquilo que seja a definição de interesse público que permite o acesso aos dados protegidos pelo segredo bancário varia de país para país, sendo a dogmática muito influenciada pela tradição e a prática instituídas.

Em França, por exemplo, o acesso pela Administração Fiscal aos dados protegidos pelo segredo bancário foi instituído no pós-guerra, por um Governo de salvação nacional e desde então tem-se como normal o acesso aos dados bancários pela Administração Fiscal.

Deverá ter-se presente que a derrogação é um acto excepcional que deverá ser criteriosamente fundamentado nos termos legais e obedecer aos requisitos fixados na lei. A consulta dos dados bancários

¹⁹⁸ “A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 26, elege que a lei estabelecerá garantias contra a obtenção ou utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e à família. Também, no seu artigo 34, coloca como invioláveis o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada e, no artigo 35, estabelece que a lei definirá o conceito de dados pessoais para fins da utilização de dados informatizados.” (QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. **A inexistência de sigilo bancário para o Fisco**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, p. 29.)

¹⁹⁹ PALMA, Clotilde Celorico; SANTOS, António Carlos dos. *A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais*. Revista TOC. n. 146, gabinete de estudos, maio 2012, p. 46.

sem o respeito pelos fundamentos legais constitui violação de norma mesmo quando a entidade é legalmente autorizada. A satisfação de uma curiosidade ou a obtenção de dados com vista à sua utilização política ou qualquer outro fim que não previsto na lei é ilegal.²⁰⁰

A possibilidade de ocultação de receitas tributáveis ao argumento do direito fundamental ao sigilo bancário levou José Luís Saldanha Sanches e João Taborda Gama a manifestar entendimento a favor do levantamento do segredo bancário pelo Fisco. Expõem referidos autores:

Os últimos dois anos foram marcados por uma tentativa séria por parte de alguns países de alteração das regras que quase absolutizam o sigilo bancário em algumas jurisdições. Esta tentativa, que está a ter alguns frutos, vem pôr a nu os problemas de facto relacionados com o sigilo: o branqueamento de capitais, a evasão fiscal, o crime e o terrorismo, e a fuga às regras de solvabilidade financeira. Ao mesmo tempo, ajuda-nos aperceber melhor a relação que, nos estados de Direito, se deve estabelecer entre o sigilo bancário e os direitos fundamentais. Neste artigo, revisitaremos estes problemas, tendo em conta os recentes desenvolvimentos internacionais e dando nota da situação actual do regime português, que já diversas vezes criticávamos e que sofreu recentemente alterações significativas.

A ofensiva internacional contra um segredo bancário oponível a Administração Fiscal veio salientar a irracionalidade do segredo bancário que levava a que os países que o pratica(vam), como a Suíça e as pequenas ilhas periféricas, se tornassem locais de acolhimento para as sociedades e capitais do resto do mundo. As estruturas societárias nesses países funciona(va)m como meras caixas de correio, constituídas por razões fiscais ou outras (mas nunca com fins produtivos). A justificação de tais práticas (na perspectiva do Estado de acolhimento dos capitais)

²⁰⁰ GUIMARÃES, Vasco Branco. O segredo bancário uma interpretação dos estudos da OCDE. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. 2^a. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Fórum, 2015, p. 146.

não passava por qualquer direito Constitucional dos utilizadores, constituindo antes uma pura forma de concorrência fiscal: atrair capitais à procura de abrigo contra a tributação ou acção penal – ou mesmo por razões de natureza civil, como a falência ou o divórcio.

O sigilo bancário, teoricamente justificado pela defesa da intimidade, foi historicamente construído como um direito fundamental do sujeito passivo à ocultação de rendimentos que deveriam figurar na sua declaração de rendimentos, o que cria um obstáculo quase intransponível aos sistemas fiscais, que assim fazem uma “tributação às apalpadelas”. Constitui um simples e injustificável anacronismo de que não aceita que a tributação do rendimento por meio dos deveres de cooperação do sujeito passivo implica a criação de um regime de verificação da declaração, sem o qual o regime da declaração sofre de uma insanável debilidade. Também na tributação do consumo, o acesso às contas bancárias permite a verificação últimas das transmissões de bens e prestações sujeitas a imposto e o controlo das fraudes.

Não há boas razões para defender o sigilo bancário: o sigilo é um buraco negro no sistema de tributação que é a base da justiça, um instrumento assistemático no desenvolvimento e no progresso das nações. Se é nefasto quando praticado por ilhas longínquas, é autofágico quando praticado pelos próprios países que cobram impostos e permitem que os rendimentos que visam cobrar se escondam dos olhos do próprio Estado, a coberto de leis do próprio Estado.²⁰¹

²⁰¹ SANCHES, José Luís Saldanha; GAMA, João Taborda. Sigilo bancário: crônica de uma morte anunciada. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Fórum, 2015, p. 243.

9. O sigilo bancário e o acesso direto às contas bancárias pelo Fisco

Quanto à possibilidade do acesso direto as contas bancárias pelas autoridades fiscais, as mais efusivas críticas são no sentido de que, além da invasão da privacidade²⁰² e da intimidade, existe a possibilidade de que investidores sejam afastados, além de abuso por parte das autoridades fiscais, que podem usar esse poder com desvio de finalidade que possam vir a configurar arbitrariedade, ou promoverem a divulgação dos dados bancários a terceiros. Contudo, há autores que afirmam inexistir nenhum sigilo a ser oposto ao Fisco com relação aos valores objeto de transações bancárias, uma vez que tais valores já deveriam ser de conhecimento prévio do próprio Fisco, sendo que a existência de valores de movimentações bancárias não declaradas, caso não haja o devido esclarecimento, a lei autoriza a presunção de que esses valores tiveram origens outras e foram omitidos para fins de evitar a tributação.²⁰³

Como já foi mencionado que não existe direito absoluto, mesmo que se trate de direitos fundamentais, e diante da possibilidade de quebra do direito fundamental ao sigilo bancário pelo Fisco, ponto relevante para a presente pesquisa está em saber se é necessário ou não a intervenção do Poder Judiciário para que a Administração Tributária proceda ao acesso às informações bancárias do contribuinte. A questão, por estar relacionada à função fiscalizadora, será objeto de estudo no capítulo III.

²⁰² Privacidade tem a ver com a vida privada, particular, íntima do indivíduo. Já intimidade significa aquilo que é extremamente pessoal e respeita aos atos, sentimentos ou pensamentos mais íntimos de alguém (QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. **A inexistência de sigilo bancário para o Fisco**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, p. 8)

²⁰³ Misabel Abreu Machado Derzi já afirmava a inconstitucionalidade da LC 105/2001, uma vez que permite à Administração Tributária acessar diretamente as informações bancárias do contribuinte sem que seja necessário recorrer ao Poder Judiciário para tal finalidade. Diz referida autora: “Infelizmente, apesar da Constituição e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar 105/01: 1) Concede o livre acesso às informações e às contas bancárias dos contribuintes, às Administrações Tributárias, sem a necessidade de intervenção judicial e sem notificação obrigatória ao contribuinte interessado; 2) Ofende, com isso, o direito à privacidade, consagrado no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal; 3) Fere também, o direito ao devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal): ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes’; 4) Fragiliza o sistema financeiro nacional, por meio do possível incremento dos negócios paralelos e da dolarização; 5) Estimula a fuga de capitais para outras praças que oferecem mais segurança e, o que é mais grave, dificulta durante a recuperação de bens, recursos e valores que sejam fruto da ilicitude.” (DERZI, Misabel Abreu Machado. O Sigilo bancário e a guerra pelo capital. Revista de Direito Tributário, n. 81, p. 258).

Ademais, José Saldanha Sanches e João Taborda da Gama sustentam que “(...) a inexistência de sigilo bancário é um pressuposto para a concretização do princípio da solidariedade social.”²⁰⁴

10. Quebra do sigilo bancário e crimes tributários

Ao ressaltar que a presente pesquisa circunscreve-se ao âmbito tributário (fiscal)-internacional-administrativo, mas, por outro lado, sem se olvidar da estreita relação existente entre os diversos ramos do direito (*in casu*, em relevância, o penal, tendo em conta os crimes tributários), mostra-se pertinente, a título de esclarecimento, apresentar um enfoque que o presente tema recebe por parte da doutrina.

Ao abordar a questão da quebra do sigilo bancário, por ocasião da publicação da LC 105/01, Luiz Flávio Gomes, com enfoque nos crimes tributários, asseverou que “(...) a Quebra do Sigilo Bancário pelo Governo sem Autorização Judicial Prévia seria expressão do ‘Direito da Globalização’, expondo, *in verbis*:

A quebra do sigilo bancário pelo Governo (por suas autoridades ou agentes) sem o devido controle judicial seria mais uma inequívoca manifestação do Direito da Globalização, que se caracteriza sobretudo pelo seu tendencial menosprezo às garantias fundamentais do cidadão? Recorde-se que esse é um direito utilitarista e economicista. Valem mais as razões econômicas que os direitos humanos. Para alcançar seus objetivos o que importa é o fim, não (tanto) os meios. O movimento internacional globalizado (que é gerenciado pelas multinacionais e

²⁰⁴ SANCHES, José Luís Saldanha; GAMA, João Taborda. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral anti-abuso. *In*: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **O princípio da Solidariedade social**. São Paulo : 2005, p. 89.

órgãos intergovernamentais: Banco Mundial, FMI etc.), valendo-se do definhamento do conceito de soberania nacional (os Estados estão perdendo a cada dia seu poder de comando da nação), vem destruindo (ou restringindo) todas as conquistas históricas da civilização, particularmente as liberdades fundamentais cuja origem (mais recente) reside na etapa de formação do Estado Moderno.²⁰⁵

Não obstante a relevância da soberania estatal, e o definhamento do conceito de soberania apontado pelo supramencionado autor, o direito interno brasileiro adotou, quanto aos acordos internacionais, em particular aos que tratam de matéria tributária, o critério disposto no art. 98 do CTN, que dispõe no sentido de que “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. De modo que

Como se vê, o artigo 98 do CTN reconhece claramente a supremacia hierárquica dos tratados internacionais sobre a lei interna. Isso quer dizer que eventual conflito entre a norma convencional e norma interna deve ser resolvido pela prevalência²⁰⁶ do disposto na norma convencional.²⁰⁷

Luiz Flávio Gomes ressalta a temeridade de o Estado quebrar o sigilo bancário, pois pode pretender, com isso, a satisfação de “seus próprios interesses (arrecadadores, sobretudo, mas muitas vezes se chegará ao mais abjeto e abominável interesse político-

²⁰⁵ GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e quebra do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (Coord.). **Direito penal empresarial**. Dialética : 2001, p. 152.

²⁰⁶ Importante ressaltar, conforme João Francisco Bianco, que “[...] essa prevalência não corresponde a uma revogação da legislação interna, como um exame meramente literal do dispositivo poderia indicar. Heleno Tôrres lembra bem que os tratados internacionais são firmados com o objetivo de regular os conflitos de competência impositiva entre dois Estados, abrangendo tão-somente as situações particulares vividas por contribuintes residentes nesses mesmos dois Estados. Não haveria sentido um tratado revogar norma geral de Direito interno, que está regulando incidências tributárias de contribuintes não envolvidos com operações relativas a esses dois Estados”. E continua: “Klaus Vogel, na feliz lembrança de Luís Eduardo Schoueri, compara os tratados internacionais a uma máscara cheia de buracos que é sobreposta à lei interna: a parte visível da lei interna, que aparece pelos buracos da máscara, continua sendo aplicada normalmente; já a parte encoberta da lei interna, que não aparece pelos buracos da máscara, é afastada e deixa de ser aplicada no caso concreto, mas sem ser revogada”. (BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo : Dialética, 2007, p. 147).

²⁰⁷ BIANCO, João Francisco. **Transparência fiscal internacional**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 146-147.

partidário, para a manutenção do poder)”²⁰⁸. Acrescenta que o Estado representa atualmente o maior risco para as liberdades, destacando-se, entre outras:

a) porque o Estado conta com uma estrutura desorganizada, que precisa cada vez mais de recursos para sua própria manutenção; é a maior fonte de corrupção, isto é, em muitos setores o Estado é sinônimo de corrupção; para a manutenção do poder todo tipo de “acordo” é feito, todo tipo de distribuição de cargos se faz; o custo do Estado hoje, em consequência, é elevadíssimo; para fazer frente a esses custos exagerados, ele necessita de recursos; e para “fazer” recursos ele é capaz de tudo; dispondo da possibilidade de quebrar o sigilo bancário, não há dúvida que irá lançar mão disso (abusivamente) para conquistar recursos;

b) porque o Estado, além de mal administrado internamente, assume compromissos internacionais²⁰⁹ constantemente e, depois, para honrá-los deve “fazer recursos”. Particularmente quando se avizinham as eleições mais importantes, não tendo o Estado recursos próprios, para a manutenção do poder valem-se os seus detentores de empréstimos exorbitantes (com claros fins eleitoreiros) que depois devem ser pagos. Tudo isso resulta num grande custo: econômico e político.²¹⁰

Contudo, deve ser ressaltada as palavras de J. M. Calderón Carrero²¹¹, no sentido de que a informação disponibilizada somente deve ter seu uso para os fins estipulados no instrumento celebrado.

²⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e quebra do sigilo bancário. In **Direito penal empresarial**. SALOMÃO, Heloísa Estellita (Coord.). São Paulo : Dialética, 2001, p. 154.

²⁰⁹ “[..], para além da perda de importante parcela da soberania, cabe pôr em relevo a ingerência externa na construção do nosso ordenamento jurídico interno. Dentre tantos outros exemplos (...) a LC 105/01, que autoriza a quebra do sigilo bancário pelos próprios agentes governamentais. Nisso tudo reside uma das perspectivas mais salientes do chamado ‘Direito da Globalização’ (GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e quebra do sigilo bancário. In **Direito penal empresarial**. SALOMÃO, Heloísa Estellita (Coord.). São Paulo : Dialética, 2001, p. 155).

²¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Crimes tributários e quebra do sigilo bancário. In **Direito penal empresarial**. SALOMÃO, Heloísa Estellita (Coord.). São Paulo : Dialética, 2001, p. 155.

²¹¹ CALDERÓN CARRERO, J. M. **El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información**, Working Papers, núm. 44, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2000, p.23.

11. Dever fundamental

Ao fazer o enquadramento constitucional dos deveres fundamentais, J. J. Gomes Canotilho explica que em Roma a República era o reino da virtude, que só funcionava se os cidadãos cumprissem alguns deveres, como servir a pátria, votar, ser solidário. E prossegue, dizendo:

A centralidade da categoria de deveres fundamentais reaparece nas construções jurídico-políticas nacional-socialista e comunista. No ideário nazi, os deveres fundamentais dos cidadãos convertem-se em deveres fundamentais dos “membros do povo” (dever de serviço de poderes, dever de trabalhar, dever de defender o povo). Na compreensão comunista, os direitos fundamentais eram também relativizados pelos deveres fundamentais: os indivíduos tinham direitos conexos como deveres, o que, nos quadros políticos dos ex-países comunistas, acabou por aniquilar os direitos e hipertrofiar os deveres. Estas duas experiências históricas explicam a desconfiança e indiferença dos textos constitucionais em face dos deveres fundamentais. Os tempos estão, hoje, maduros para uma reproblemática desta importante categoria jurídica e política. E a pergunta a fazer é esta: o que significam deveres fundamentais num Estado de direito democrático? Significam, em primeiro lugar, que eles colocam, tal como os direitos, problemas de articulação e de relação do indivíduo com a comunidade. (...) Em segundo lugar, a fórmula constitucional não significa (...) a simetria de direitos e deveres mas estabelece um fundamento constitucional claro, isto é, uma base de legitimação, para os deveres fundamentais.²¹²

²¹² CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional e teoria da constituição**. – 7ª. ed., 16 reimp. Edições Almedina, Coimbra, pp. 531-532

11.1. O dever fundamental de pagar impostos

Tendo em vista o fato de a ideia de solidariedade incidir com extraordinária força no direito fiscal, o tributo é definido como sendo um dever fundamental. Ricardo Lobo Torres assinala que:

Sim, o tributo se define como o dever fundamental estabelecido pela Constituição no espaço aberto pela reserva da liberdade e pela declaração dos direitos fundamentais. Transcende o conceito de mera obrigação prevista em lei, posto que assume dimensão constitucional. O dever não é pré-constitucional, como a liberdade, mas se apresenta como obra eminentemente constitucional. Ora, se a solidariedade exhibe primordialmente a dimensão do dever segue-se que não encontra melhor campo de aplicação que o do direito tributário, que regula o dever fundamental de pagar tributo, um dos pouquíssimos deveres fundamentais do cidadão no Estado Liberal, ao lado dos de prestar o serviço militar, compor o júri e servir à justiça eleitoral.²¹³

A moderna configuração econômica de Estado tem como fonte — quase exclusiva — de recursos financeiros para efetivação de seus objetivos constitucionais a arrecadação de receitas tributárias cobradas aos cidadãos, sendo que um sistema no qual o Estado não tenha a obrigação de satisfazer as necessidades coletivas, as receitas tributárias não configuram um pressuposto do Estado.²¹⁴

Os deveres fundamentais são “situações jurídicas de imposição de comportamento às pessoas, aos membros da comunidade política; não constituem deveres do homem como homem, mas do homem perante o Estado e derivam do seu

²¹³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, pp. 181-182.

²¹⁴ SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, João Taborda. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo banário e a cláusula geral anti-abuso. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo : Dialética, 2005, pp. 91-92.

estatuto básico, a Constituição”.²¹⁵ De modo que tais deveres exprimem a responsabilidade coletiva do indivíduo e apresenta como escopo a existência e a conservação do próprio Estado.

É certo que na primeira menção que se faça ao dever fundamental de pagar impostos, uma enorme quantidade de reclamações e críticas é apresentada. São feitas referências às altas cargas fiscais que incidem sobre os contribuintes.

Contudo, não obstante as críticas que à primeira vista tem sua razão de ser, “não há como concretizar direitos fundamentais, sem que haja o cumprimento, por parte dos cidadãos, de um dos principais deveres da cidadania: pagar tributos”.²¹⁶

O dever de pagar impostos está intimamente conectado à ideia de Estado Fiscal, em que a existência e atividades sociais demandam recursos financeiros²¹⁷ que, por sua vez, advém da arrecadação tributária. Dessa maneira se verifica a necessidade de um financiador para que o Estado possa garantir os direitos encartados na Constituição, bem como sem a existência do dever fundamental de pagar impostos, “a própria figura do Estado resta quase inviabilizada, uma vez que não é possível pensar uma sociedade organizada, sem que existam fontes de recursos para financiar o ônus dessa organização”.²¹⁸

Portanto, em se tratando de um Estado Fiscal, há de ser ressaltado que faz parte desse Estado, diante do que já foi nomeado de “mínimo de subsistência estadual”, o poder para tributar, ou seja, impor e cobrar impostos. Conforme, José Casalta Nabais,

O estado fiscal, como facilmente se deduz de quanto vimos dizendo, tem ínsita a ideia de limites, limites cuja ultrapassagem o desfigura a tal ponto que, uma vez verificada, já não é mais possível reconhecê-lo como tal. E, embora a referência a esta problemática nos sugira sobretudo a questão do limite máximo do estado fiscal, dada a

²¹⁵ MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. **A igualdade e o dever fundamental de pagar impostos no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte : D’Plácido, 2017.

²¹⁶ BUFFON, *Marciano*. **Tributação e dignidade humana : entre os direitos e os deveres fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009, p. 79.

²¹⁷ DANI, Leandro; RODRIGUES, Hugo Thamir. Reflexos da solidariedade social no IPTU progressivo. *In* **Direito, Cidadania e Políticas Públicas**. VIII. Curitiba : Multideia, 2013.

²¹⁸ BUFFON, *Marciano*. **Tributação e dignidade humana : entre os direitos e os deveres fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009, p. 91.

dimensão avassaladora que este tem vindo a assumir, o certo é que também aqui há que mencionar um limite mínimo abaixo do qual deixaria de haver estado (moderno), que assim se dissolveria num tipo de organização comunitária incipiente ou degradada. Estamos aqui face ao que já foi designado por “mínimo de subsistência estadual”, o qual, se não for satisfeito, põe em perigo a existência do estado. À semelhança do que acontece com o mínimo de existência (fisiológico e cultural) dos indivíduos, há que ter em conta também, no respeitante às necessidades do estado (e demais entidades pública em que o mesmo se desdobra), a existência de um nível de gastos abaixo do qual o estado seria incapaz de cumprir as suas funções mais elementares. Por isso, ele tem de poder impor e cobrar os impostos necessários ao cumprimento daquelas tarefas que, independentemente do tempo e lugar, indiscutivelmente lhe correspondem.²¹⁹

O dever fundamental de pagar impostos — além de representar a solidariedade, mesmo que por força exercida pelo Estado, que une cada um, na condição de responsáveis pela manutenção do todo — é o meio pelo qual o Estado pode promover a efetivação dos direitos individuais, coletivos e sociais, uma vez que incumbe a todos que possuam capacidade para tanto, o dever de concorrer para a implementação das ações estatal.

A CRFB/88 compreende um conjunto de princípios e regras que orientam o poder tributante brasileiro e representam a propensão do Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que a plena vigência de princípios constantes do ordenamento tributário, muito embora implícitos no texto constitucional, deriva da interpretação sistemática da Constituição.

²¹⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos : contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Edições Almedina. Coimbra. 2012, p. 216.

II - PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DA TRIBUTAÇÃO

1. Princípios tributários

Sem a menor pretensão de falar sobre todos os princípios tributários, e sem olvidar da existência de princípios mais relevantes que outros, abordaremos alguns princípios especificamente para o desenvolvimento do estudo proposto.

1.1. Capacidade contributiva

Antes de falarmos sobre a capacidade contributiva, convém fazer menção acerca da capacidade tributária passiva, que é aquela caracterizada pelo dever tributário que surge tanto para os que se encontrem em uma situação jurídica que configure fato gerador — como a propriedade de veículos ou bem imóveis —, quanto para os que praticam fatos previstos em lei como geradores de tributos. Esta capacidade independe da intenção do sujeito passivo ou mesmo de seu conhecimento acerca da relação tributária. O art. 126 do CTN é claro ao afirmar que a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil das pessoas naturais. O dever de pagar tributos é um ônus decorrente da inserção social, nada tendo a ver com a responsabilidade civil oriunda de condutas indevidas, sendo, por isso, irrelevantes os aspectos meritórios da situação ou conduta que caracterize o fato gerador.²²⁰

²²⁰ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2006, p. 59.

A CRFB/88, ao tratar dos princípios tributários, determina que,

(...) sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A doutrina aponta que, sob o prisma econômico-jurídico, o princípio da capacidade contributiva é o que mais se aproxima dos princípios da justiça fiscal e do princípio da igualdade, uma vez que pretende que aos contribuintes com a mesma capacidade contributiva incida a mesma carga fiscal, ao passo que àqueles que detenham diferente capacidade contributiva, a imposição fiscal se dê de forma proporcional à situação de cada um.

Nesse contexto, a despesa pública deve ser rateada de forma equânime entre os contribuintes, na medida da capacidade contributiva de cada um, ante a possibilidade de cumprimento da exação fiscal na mesma porção, ao passo que os que estejam em situações não equivalentes, seja conferida a possibilidade de cumprimento do pagamento de impostos em porções diferentes, de modo proporcional.

Ricardo Lobo Torres afirma que o princípio da capacidade contributiva determina “que cada um deve contribuir na proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira”.²²¹

Assim, referido princípio, na forma prevista na CRFB/88, orienta que a criação de impostos observe a capacidade contributiva dos contribuintes para recolher ao cofres do Estado. Contudo, não se olvida de conferir, por outro lado, faculdade à administração tributária para identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

²²¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94)

Ao tratar do princípio da igualdade, Victor Uckmar distingue a igualdade em sentido jurídico e a igualdade em sentido econômico. Assevera que a igualdade em sentido jurídico exige sejam observadas as características de generalidade, uniformidade da tributação e a abolição dos privilégios. Quanto à igualdade em sentido econômico, lembra-se da necessidade de observância à distribuição da carga tributária.

Assinala o referido autor:

Como foi afirmado, a igualdade perante a tributação vai entendida não só em sentido jurídico, como abolição de todo o privilégio, mas também em sentido econômico. Muitas Constituições ditam os critérios aos quais o legislador, deve se ater ao disciplinar os tributos para obter a igualdade econômica; quase todas as Constituições italianas, a partir das emanadas no fim do século XVIII, à semelhança do previsto no art. 13 da *Déclaration de droits* de 1789, estabeleceram que os impostos deveriam ser repartidos em proporção às possibilidades econômicas dos particulares, enquanto algumas delas impunham diretamente a aplicação de determinados tipos de impostos.

Também as Constituições vigentes geralmente prevêem a distribuição dos impostos em proporção às possibilidades econômicas e isto, como se costuma dizer, com base na capacidade contributiva, algumas delas prescrevem que o sistema tributário deve ter base na progressividade.²²²

De acordo com Fernando Lemme Weiss,²²³ capacidade contributiva representa uma evolução dos princípios mais genéricos da igualdade e da generalidade. Hoje não é mais suficiente à implementação da justiça a ampla sujeição tributária, o que já fora conquistado pela Revolução Francesa por meio da abolição dos privilégios fiscais da nobreza. Evoluímos para o difuso direito a que todos contribuíssem na medida de suas possibilidades, típico da terceira geração de direitos do homem. Atualmente é possível dizer que isonomia só se efetiva quando o encargo sofrido por cada contribuinte tiver o

²²² UCKMAR, Victor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**; tradução de Marco Aurélio Grecco. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, EDUC, 1976, pp. 64-67.

²²³ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 174.

mesmo peso para todos, o que só é possível se variar na medida da capacidade contributiva de cada um. A melhor conceituação do mais básico valor social de organização de uma sociedade justa e igualitária, habitualmente descrita como princípio da repartição de encargos, estava expressa no art. 179, inciso XV, da Constituição de 1824, que dispunha: “Ninguém será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.”

Bem, a capacidade contributiva apresenta um extraordinário significado e abrange uma importância extrema, pois ratifica “o princípio ou preceito da igualdade de posição dos cidadãos diante do dever tributário de prover às necessidades da coletividade”.²²⁴

Aliomar Baleeiro diz que a capacidade contributiva é, contudo, a “idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos.”²²⁵

O princípio da capacidade contributiva “tem como principal consequência propiciar a realização da justiça fiscal, onerando aqueles que manifestem maior capacidade contributiva e desonerando a renda utilizada para fazer frente às despesas necessárias à vida digna”.²²⁶

Quanto a importância dos princípios tributários, em razão da busca e realização da justiça tributária, Ricardo Lobo Torres assinala que:

(...) a capacidade contributiva continua a ser o princípio mais importante da justiça tributária, podado, entretanto, nos seus excessos e ampliado no seu contacto com a solidariedade, o que leva ao equilíbrio no plano político entre o tributo e as prestações entregues pelo Estado, ou seja, o aspecto tributário passa a ser visualizado em conjunto com a questão da despesa pública, do tamanho do Estado e da participação

²²⁴ D’Albergo E. *Proporzionalità e progressività dei tributi nelle carte costituzionali italiane. In Studi in memoria di Giovanni de Francisci Gerbmo*. Palermo, Editrice Lilia, 1949, p. 26.

²²⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987, p. 259.

²²⁶ GRUPENMACHER, Betina Treiger. *Tributação e Direitos Fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.) Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 15.

comunitária. De feito, a solidariedade entre os cidadãos deve fazer com que a carga tributária recaia sobre os mais ricos, aliviando-se a incidência sobre os mais pobres e dela dispensando os que estão abaixo do nível mínimo de sobrevivência; é um valor moral juridicizável que fundamenta a capacidade contributiva e que sinaliza para a necessidade da correlação entre direitos e deveres fiscais.²²⁷

Como podemos observar, a doutrina estuda o princípio constitucional tributário da legalidade e da capacidade contributiva com o enfoque voltado para a solidariedade que deve imperar entre os cidadãos.

1.2. Vedação ao confisco

A CRFB/88 determina que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. Além disso, o *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988 prescreve que “A Administração Pública Direta, Indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade (...)”.

O princípio da legalidade, por sua vez, exige que toda a atividade administrativa se submeta à observância da lei, tendo em vista que a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza. De modo que, embora seja um dever fundamental de todos contribuir para o devido custeio das atividades precípuas estatais, a administração tributária não pode exorbitar de suas competências quando do exercício da cobrança do crédito tributário, por ventura, existente.

²²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, segurança e justiça no Direito Tributário. In: **Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário**. São Paulo. Max Limonad. 1998, p. 693.

Nesse contexto, não obstante o sigilo bancário dos contribuintes ser um dos temas mais delicados e controversos, aquecendo as discussões acerca da relativização dos direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, o Supremo Tribunal Federal – STF, em julgamento de 24 de fevereiro de 2016 e publicação do respectivo acórdão em 16 de setembro de 2016, concluiu no sentido da possibilidade do sigilo bancário ser afastado por meio de lei, quando para atender demanda da fiscalização tributária.

1.3. Solidariedade

A doutrina muito pouco aborda a solidariedade para justificar a existência dos tributos, a não ser quando trata de tributos previdenciários. A justificativa central que frequentemente é usada para justificar a tributação refere-se à capacidade contributiva. Contudo,

(...) a mera existência de riqueza disponível, por si só, não é justificativa para a cobrança de tributos. Eles seriam confiscatórios se não fossem justificados pelo elo solidário que une todos os membros de uma sociedade, pois a aferição da suportabilidade só faz sentido se pudermos previamente justificar a incidência tributária.²²⁸

Com base no Direito Privado, a ideia de solidariedade não é um pensamento recente. Desde Roma já se falava em solidariedade, quando os jurisconsultos romanos faziam uso do vocábulo para significar o vínculo existente entre os devedores pela

²²⁸ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**. Editora Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2006, pp. 119-120.

totalidade da obrigação — era a denominada responsabilidade *in solidum*, a responsabilidade solidária.

Alexandre Augusto de Castro Correia assevera que “Em Roma existem dois tipos de solidariedade: há a obrigação correal e a obrigação ‘*in solidum*’”. E acrescenta:

A obrigação solidária comporta pluralidade de vínculos e assim, cada sujeito é credor ou devedor. Em consequência, a obrigação pode ser pura e simples, para certo ou certos credores ou devedores solidários e condicional ou a termo para os outros. Institutas, 3, 16, “De duobus reis stipulandi et promittendi”, 2: “Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub condicione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur”. Tradução: “De dois réus promitentes, um pode obrigar-se puramente; o outro, a prazo ou sob condição, nem impedem o prazo ou a condição a cobrança do que se obrigou puramente”. Por outro lado, a unidade do objeto faz estender-se a todos os sujeitos, a causa de extinção da obrigação verificada a favor de qualquer deles. A dificuldade consiste em saber se a pluralidade de vínculos acarreta pluralidade de obrigações ou pelo contrário a unidade da prestação envolve unidade de obrigação. A doutrina mais difundida, baseando-se em alguns textos afirma existir uma só obrigação. Essa doutrina foi criada sobretudo para explicar o efeito extintivo da ‘*litis contestatio*’; seu mais notável representante moderno é Windcheid, 2 § 293.²²⁹

²²⁹ CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. As obrigações solidárias em Direito Romano. In **Revista da Faculdade de Direito, USP**, vol. LV, 1960, p. 200.

1.3.1. Fonte da solidariedade

Não obstante a solidariedade decorra, em certos casos, do direito positivo, fato é que depende, sobretudo, da vontade humana, das disposições dos particulares para evitar a divisão da obrigação entre as partes e a alteração do seu montante. A solidariedade teve origem nos contratos verbais.²³⁰

1.3.2. Conceito

Solidariedade é um modo de pensar coletivo antagônico a um pensar egoísta, individual. Dessa forma, a solidariedade corresponde à “capacidade dos membros de um determinado grupo, família, nação, toda humanidade, de prestar-se recíproca assistência”.²³¹

A solidariedade é o vínculo jurídico que une todos os membros de uma sociedade politicamente organizada. Mesmo que não haja sentimento entre eles, são todos titulares de um condomínio indissolúvel sobre o Estado, que é a própria personalização do patrimônio material e cultural pertencente a todos. Essa titularidade gera direitos de utilização e deveres voltados à preservação.²³²

No limiar do século XX, Rui Barbosa já dizia que:

²³⁰ CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. As obrigações solidárias em Direito Romano. In **Revista da Faculdade de Direito, USP**, vol. LV, 1960, p. 203.

²³¹ SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no Direito Tributário : o Ordenamento Italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Orgs.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo : Dialética, 2005, p. 15.

²³² WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2006, p.55.

A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo restringidas agora por uma extensão, cada vez maior dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a colectividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana.²³³

Nesse contexto, Michael Livingston assevera que

(...) o conceito de solidariedade pode ser visto como parte do esforço para construir uma visão da sociedade que se posiciona entre os extremos do marxismo, por um lado, e do individualismo sem peias, por outro (...), [evidenciando as] responsabilidades que os membros de uma coletividade em particular (ou neste caso, de toda a sociedade) têm uns em relação aos outros em virtude de sua participação no grupo.²³⁴

Verifica-se que a solidariedade passa a ser apresentada, então, como uma nova forma de pensar a sociedade consistindo-se em “um fio condutor indispensável à construção e à conceitualização das políticas sociais”.²³⁵

Nesse sentido, José Casalta Nabais registra que:

Podemos dizer que, descontadas algumas manifestações constantes, primeiro, da declaração de direitos da (rejeitada) constituição

²³³ BARBOSA, RUI. *Teoria política* Ruy Barbosa : Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. W. M. Jackson Editores, Vol. XXXVI, São Paulo : W. M. Jackson Editores , 1965, p. 297.

²³⁴ LIVINGSTON, Michael. **Progressividade e solidariedade: uma perspectiva Norte-americana**. Tradução de Marco Aurélio Grecco. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo : Dialética, 2005, p. 190.

²³⁵ J. Chevalier *apud* FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 190.

girondina e, depois, da declaração de direitos da constituição jacobina, em que as exigências da solidariedade se apresentavam já claramente afirmadas, a idéia de solidariedade apenas vai ser (re)descoberta no dobrar do século XIX para o século XX, através duma espécie de frente comum formada sobretudo por teóricos franceses, em que encontramos economistas como Charles Gide, sociólogos como Émile Durkeim e juristas como Léon Duguit, Maurice Houriou e Georges Gurvitch. Movidos fundamentalmente pela preocupação em encontrar uma resposta adequada para a então premente questão social, para a qual se havia já conseguido com assinalável êxito uma solução além-Reno, traduzida no socialismo de Estado protagonizado por Bismark, estes teóricos vão lançar mão da idéia de solidariedade numa versão que, atenta a sua pretensão de movimento amplo e abrangente, passou à história sob a designação de “solidarismo”. À fórmula alemã do socialismo de Estado, dominada pelas idéias de centralização e regulamentação estaduais, vieram contrapor os referidos teóricos franceses, no quadro duma espécie de terceira via entre o liberalismo e o socialismo, a idéia de uma necessária coordenação de esforços entre as diversas instituições não estaduais.”²³⁶

Como se vê, a noção inicial de solidariedade, oriunda do Direito Romano, que relacionada diretamente à responsabilidade solidária, aquela que vincula duas ou mais pessoas ao cumprimento da obrigação como um todo, passa, hodiernamente, a um outro sentido relacionando referido termo à solidariedade social, ou seja, àquela que se vincula ao cumprimento, à realização das políticas sociais.

²³⁶ NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo : Dialética, 2005, pp. 110-111.

2. A solidariedade no Direito Fiscal

A doutrina aponta que a garantia ou o fornecimento de direitos fundamentais, por parte do Estado exigem recursos financeiros a serem fornecidos pela coletividade, de modo que o Estado retira, por meio da arrecadação de impostos, os recursos financeiros necessários à efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, como saúde, educação, segurança, seguridade social etc. Nesse sentido, Fernando Lemme Weiss expõe que

(...) os direitos fundamentais proclamados na Constituição somente são exercíveis se o Estado puder provê-los ou garanti-los, o que demanda recursos financeiros por parte da sociedade. A inclusão compulsória de todas as pessoas na estrutura de uma sociedade organizada, natural consequência da existência do Estado, faz com que todos sejam credores e devedores solidários dos direitos fundamentais, de forma irrenunciável.²³⁷

Portanto, tem-se que

(...) solidariedade fiscal está imbricada na liberdade, pois o dever fundamental de pagar tributos é correspectivo à liberdade e aos direitos fundamentais: é por eles limitado e ao mesmo tempo lhes serve de garantia, sendo por isso o preço da liberdade. Mas direitos e deveres fundamentais não se confundem, em absoluto, pois a liberdade que se transforma em dever fundamental, por outro lado, integra a estrutura bilateral e correlativa do fenômeno jurídico: gera o direito de o Estado cobrar tributos e, também, o

²³⁷ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**. Editora Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2006, p. 119.

dever de prestar serviços públicos; para o contribuinte cria o direito de exigir os ditos serviços públicos.²³⁸

Ademais, com a CRFB/88, ao Estado foi atribuída a responsabilidade por suprir todas as necessidades individuais e coletivas que, como visto, são financiadas por meio da arrecadação tributária, representando a sonegação, portanto, um desequilíbrio na relação do indivíduo com a sociedade. O não cumprimento do dever de pagar impostos implica a quebra da isonomia, pois, para compensar, gera um aumento da carga tributária dos que não conseguem se evadir.²³⁹

3. Prevalência do interesse público

A necessidade de atendimento a certos interesses da coletividade que individualmente não podem ser alcançados justifica a existência do Estado. E, embora não haja uma supremacia ou predominância absoluta, em caso de colisão, o interesse público tem preferência sobre o privado.²⁴⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao esclarecer que a supremacia do interesse público sobre o interesse particular é um princípio que informa todos os ramos do direito público, assevera que

(...) esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no

²³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, pp. 181-182

²³⁹ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**. Editora Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2006, pp. 120-121.

²⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo : Malheiros, 1992, p. 147.

momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.²⁴¹

E, demonstrando a atuação do princípio da solidariedade, referida autora registra que:

(...) já em fins do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social e política, provocadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado. O Estado teve que abandonar a sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada.²⁴²

De modo que “o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”.²⁴³

Assim, cumpre ressaltar que “O interesse primário social consistente em exercer direitos gera o dever para o Poder Público — que é o interesse secundário — de garanti-los através da atuação imediata e eficiente”.²⁴⁴

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18^a. ed., São Paulo : Atlas, 2005, p. 68.

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18^a. ed., São Paulo : Atlas, 2005, p. 69.

²⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18^a. ed., São Paulo : Atlas, 2005, p. 69.

²⁴⁴ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**. Editora Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2006, p. 124.

PARTE III

I - A FUNÇÃO FISCALIZADORA DA AUTORIDADE TRIBUTÁRIA NO BRASIL E O NOVO PADRÃO GLOBAL DE TROCA DE INFORMAÇÕES EM MATÉRIA FISCAL

*“Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos. As leis não bastam.
Os lírios não nascem da lei.”*²⁴⁵

1. Sigilo Fiscal

Como visto anteriormente, a tendência global é no sentido da promoção de uma maior transparência e cooperação internacional no âmbito da fiscalidade, de modo que o Brasil deve se adequar. Contudo, o limite da troca de informações é questão que causa muita polêmica, tanto na doutrina como na jurisprudência, especialmente no que tange à informação envolvendo o sigilo bancário e fiscal dos contribuintes.

Deve ser ressaltado que a CRFB/88 não consagra o direito ao sigilo fiscal de forma expressa. Espécie do gênero “sigilo” decorre da exegese do princípio da inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada, direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Por certo, relevantes diferenças caracterizam a fiscalização atualmente. No Brasil, o sigilo fiscal foi regulado pelo art. 198 do Código Tributário Nacional – CTN e posteriormente alterado e ampliado pela Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001. Esta a redação do dispositivo legal mencionado:

²⁴⁵ Excerto do poema “Nosso Tempo”, A Rosa do Povo, 1945, de Carlos Drummond de Andrade.

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

Em Portugal, o artigo 64.º da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei 398/98, de 17 de dezembro, com o título “Confidencialidade”, estabelece:

1 – Os dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados recolhidos sobre a situação tributária dos contribuintes e os elementos de natureza pessoal que obtenham no procedimento, nomeadamente os decorrentes do sigilo profissional ou qualquer outro dever de segredo legalmente regulado.

2 – O dever de sigilo cessa em caso de:

a) Autorização do contribuinte para a revelação da sua situação tributária;

b) Cooperação legal da administração tributária com outras entidades públicas na medida dos seus poderes;

c) Assistência mútua e cooperação da administração tributária com as Administrações Tributárias de outros países resultante de convenções internacionais a que o Estado Português esteja vinculado, sempre que estiver prevista reciprocidade;

d) Colaboração com a justiça nos termos do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal.

3 – O dever de confidencialidade comunica-se a quem quer que, ao abrigo do número anterior, obtenha elementos protegidos pelo segredo fiscal, nos mesmos termos do sigilo da administração tributária.

4 – O dever de confidencialidade não prejudica o acesso do sujeito passivo aos dados sobre a situação tributária de outros sujeitos passivos que sejam comprovadamente necessários à fundamentação da reclamação, recurso ou

impugnação judicial, desde que expurgados de quaisquer elementos susceptíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito.

5 – Não contende com o dever de confidencialidade:

- a) A divulgação de listas de contribuintes cuja situação tributária não se encontre regularizada, designadamente listas hierarquizadas em função do montante em dívida, desde que já tenha deorrido qualquer dos prazos legalmente previstos para a prestação de garantia ou tenha sido decidida a sua dispensa;
- b) A publicação de rendimentos declarados ou apurados por categorias de rendimentos, contribuintes, sectores de actividade ou outras, de acordo com listas que a administração tributária dever organizar anualmente a fim de assegurar a transparência e publicidade.

6 – Considera-se como situação tributária regularizada para efeitos do disposto na alínea a) do número anterior, o pagamento integral de quaisquer tributos, a inexistência de situações de mora ou a regularização em conformidade com as disposições e planos previstos no Código de Procedimento e de Processo Tributário e demais legislações em vigor.

Observa-se que os regimes legais de tutela da informação que devem ser preservados delimitam os dados que constituem o seu objeto e estatuem deveres que se devem ter na proteção deles, de maneira que

(...)a violação da obrigação a que ficam adstritos certos agentes profissionais de não revelarem factos confidenciais conhecidos através da sua actividade funcional — obrigação que enforma o conceito de

segredo profissional — seja punível não só disciplinarmente mas também criminalmente.²⁴⁶

Assim, ao abordar o tema da confidencialidade fiscal, alguns autores apontam o sigilo (ou confidencialidade) profissional como fundamento orientador e acrescentam:

Assim, por exemplo, o segredo de justiça terá por fundamento razões ligadas à proteção do bom nome e à própria eficácia da Justiça; já o segredo bancário visa fins diversos, que terão algo a ver com a própria tutela da vida privada dos cidadãos numa óptica patrimonial, mas, sobretudo, com a própria dinâmica do giro bancário; na consagração legal do segredo profissional, v.g. segredo que impende sobre funcionários, sobre advogados, sobre médicos, etc., o que está em causa é a tutela da confiança e a proteção de dados instrumentais funcionalmente colhidos, cujo grau de incidência, em termos de intimidade da vida privada, é, sem dúvida, variável, podendo não ser em absoluto sigilosos; [...]; no segredo de Estado por fim, é evidente que estão presente valores de outra índole, situados no plano de defesa da própria soberania nacional.²⁴⁷

Contudo, ante a sua natureza não absoluta, pode a lei determinar situações de cessação do dever de sigilo fiscal, entre as quais por motivo de assistência mútua e cooperação internacional²⁴⁸.

²⁴⁶ CORTE-REAL. Carlos Pamplona; GOUVEIA, Jorge Bacelar; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. **Breves reflexões em matéria de confidencialidade fiscal**. Ciência e Técnica Fiscal, 368, p. 7-48, out./dez. 1992, pp. 7-48.

²⁴⁷ CORTE-REAL. Carlos Pamplona; GOUVEIA, Jorge Bacelar; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. **Breves reflexões em matéria de confidencialidade fiscal**. Ciência e Técnica Fiscal, 368, out./dez. 1992, p. 7.

²⁴⁸ Ver quanto a este ponto, MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro. **As convenções sobre dupla tributação**. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 179, pp. 323-348. Relativamente ao artigo 26.º, sobre troca de informações, do Modelo de Convenção Fiscal da OCDE, sobre o Rendimento e o Património (pode ver-se a sétima edição da versão condensada deste Modelo de Convenção, adotada pelo Conselho da OCDE, redação de 17 de Julho de 2008, em Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 206, pp. 599-623, sobre o artigo 26.º).

No Brasil, o denominado sigilo fiscal encontra-se disciplinado nos artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional e está direcionado aos agentes públicos. Refere-se ao dever de manutenção do sigilo das informações de natureza fiscal do contribuinte, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores no exercício da atividade profissional, excetuando o dever de sigilo, em face de regular requisição da autoridade administrativa, desde que comprovada a pendência de processo administrativo.

O tema troca de informações e seus limites sempre proporcionou vigorosos debates. E com a edição das Leis Complementares 104 e 105, em 10/01/2001, não foi diferente, uma vez que referidos diplomas legais assentaram a possibilidade de troca de informações sigilosas, bem como a quebra do denominado segredo bancário.

2. A função fiscalizadora estatal

A tributação não é de fácil aceitação pelas pessoas, ainda mais em países em que não é observada uma conduta estatal condizente com a boa governança da arrecadação tributária e aplicação dos recursos públicos. De modo que “o dever de pagar tributos é dos mais rejeitados pelos cidadãos, tanto através de condutas destinadas a iludir a Fazenda quanto por meio de mera inadimplência”.²⁴⁹

Como instrumento regulador de conduta, a norma que institui deveres tributários prescreve fatos que, na sua ocorrência, inserem-se na hipótese normativa, atraindo a incidência dos efeitos da norma, provocando, assim, o “surgimento do dever de recolher o tributo”.²⁵⁰

²⁴⁹ WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2006, p. 200.

²⁵⁰ PEREIRA, Cesar Guimarães. A Elisão Tributária e a Lei Complementar nº 104/2001, in **O Planejamento tributário e a lei complementar 104**, ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.), São Paulo : Dialética, 2001, p. 23.

Contudo, com o intuito de reduzir ou evitar a tributação, condutas podem ser adotadas para evitar a ocorrência do pressuposto fático. Nesse contexto, citemos a elisão fiscal e a evasão fiscal, sendo que a elisão fiscal se dá por meio de uma conduta lícita e, frise-se, sempre previamente ao acontecimento do pressuposto fático previsto. A evasão fiscal, por sua vez, ocorre por meios ilícitos ou, de qualquer forma, após o fato jurídico-tributário.²⁵¹

Trataremos, aqui, da função fiscalizadora da Administração Tributária. Contudo, importa tecer alguns comentários acerca de um dever, uma obrigação da Administração Tributária e que, ao mesmo tempo, corresponde a um direito do contribuinte: o sigilo fiscal.

3. Fiscalização tributária

Não obstante o dever-poder da autoridade tributária, a doutrina, em sua grande maioria, aponta a inevitabilidade de se impor limites ao poder do Estado, de modo que este seja contido para não ofender, arbitrariamente, direitos fundamentais.

Verifica-se que, embora estabeleça a contrapartida econômica que o Estado impõe aos integrantes da sociedade, o Direito Tributário revela bem mais o resguardo dos direitos fundamentais diante do poderio do Estado²⁵².

Mesmo diante da relevância da busca pela arrecadação financeira estatal para satisfazer o interesse público, isso não pode implicar ofensa a direito fundamental, de modo que se deve evitar a ocorrência de antagonismo entre os direitos fundamentais e a necessidade de arrecadar do Estado.

²⁵¹ PEREIRA, Cesar Guimarães. A Elisão Tributária e a Lei Complementar nº 104/2001, in **O Planejamento tributário e a lei complementar 104**, ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.), São Paulo : Dialética, 2001, p. 25.

²⁵² TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 419.

Nesse contexto de impor limites ao poder do Estado de tributar e, ao que diz respeito mais de perto a esta pesquisa — de arrecadar — a própria Constituição da República o faz por meio de princípios constitucionais tributários.

Vale lembrar que, no âmbito interno, as normas da legislação tributária podem estabelecer os critérios de fiscalização e os poderes das autoridades administrativas encarregadas da função fiscalizadora, desde que sejam observados os mandamentos constitucionais e as regras do Código Tributário Nacional – CTN²⁵³.

Cabe mencionar também que, antes do advento do CTN, a função fiscalizadora estava disciplinada no art. 17 do Código Comercial²⁵⁴, nos seguintes termos:

Art. 17 – Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício.

Em face das evoluções legislativas e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal aprovou, na Sessão Plenária de 1º de outubro de 1964, a Súmula 439, que contém o seguinte teor: “Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

Dois anos depois, o art. 195 do CTN, ao tratar da fiscalização pela Autoridade Tributária, dispõe que:

Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadoria, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

²⁵³ Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

²⁵⁴ Lei 556, de 25 de junho de 1850. Essa lei, que instituiu o Código Comercial, teve sua primeira parte revogada pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Observa-se que alguns doutrinadores apresentam uma clara correlação entre a fiscalização tributária e o princípio da justiça fiscal, uma vez que ressaltam que, para a realização plena da ideia de justiça tributária, não basta que o legislador proclame os aspectos materiais ou substantivos do tributo em conformidade com o princípio da justiça tributária definido constitucionalmente. Mais que isso, para a plena realização da ideia de justiça fiscal, mister a realização da norma jurídica conforme seu sentido, ou seja, faz-se necessário dotar a Administração de meios jurídicos que permitam a correta aplicação da norma.²⁵⁵

José Ramón Ruiz García²⁵⁶ lembra que, nessa ordem de ideias, Hoffmann-Riem assinala que a investigação fiscal realizada de forma efetiva é o meio que permite garantir a prática aplicação da justiça tributária, evitando, dessa forma, que a propalada justiça tributária seja reduzida a mero proclame teórico.

4. A função fiscalizadora da Administração Tributária

Vários são os dispositivos da CRFB/88 que conferem competência à administração tributária para o exercício da função de fiscalização. E, no exercício da função fiscalizadora, o constituinte atribui ao Fisco a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Não é demais lembrar que a convivência em sociedade engloba direitos individuais, coletivos, sociais que, sob a responsabilidade da administração estatal, reclamam, para sua realização, a colaboração de todos que, de alguma forma, se vinculem à sociedade e que detenham capacidade para tanto. A efetividade desse conjunto de direitos, previstos constitucionalmente, depende da transparência, tanto da

²⁵⁵ GARCÍA, José Ramón Ruiz. **Secreto bancario y Hacienda Publica (El deber de colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria)**. Madrid. Editorial Civitas, 1988, p. 42.

²⁵⁶ GARCÍA, José Ramón Ruiz. **Secreto bancario y Hacienda Publica (El deber de colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria)**. Madrid. Editorial Civitas, 1988, p. 42.

Administração como do contribuinte. A autoridade tributária tem o direito e o dever de conhecer os rendimentos dos contribuintes, que não podem ser opacos em relação ao Fisco, o que está expressamente determinado no artigo 145, § 1º, da CRFB/88, no sentido de que:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O fato de a faculdade conferida pelo constituinte à administração tributária para identificar os rendimentos passíveis de tributação não ser uma presunção óbvia para o fim de garantir a efetividade ao princípio da capacidade contributiva, a sua ausência no texto constitucional levaria a inferir a não autorização para a atuação da administração tributária com tal desiderato. Em outras palavras, a faculdade de identificar, conferida à administração tributária pelo constituinte, está diretamente ligada à implementação do princípio da capacidade contributiva.

Tercio Sampaio Ferraz Junior apregoa que a previsão constitucional concernente à “identificação de patrimônio, rendimento e atividades econômicas do contribuinte é uma presunção da função fiscalizadora da administração tributária. Interpretar de outro modo é tornar impossível a exigência de declaração de bens, de rendimentos, etc.”.²⁵⁷

Após promover oportunas observações acerca do sigilo de dados²⁵⁸ e da sua inviolabilidade, que se correlaciona ao direito fundamental à privacidade²⁵⁹, Tercio Sampaio Ferraz Junior argumenta que não se pode admitir que as autorizações legais referentes à competência fiscalizadora da autoridade tributária estariam revogadas pelo

²⁵⁷ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. 2a. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 30-31.

²⁵⁸ Art. 5º, XII, da CRFB/88.

²⁵⁹ Art. 5º, X, da CRFB/88.

art. 5º, XII, da CRFB/88, porquanto isso representaria o extermínio da competência fiscalizadora do Estado, pois o inciso XII (proteção à comunicação de dados) impede o acesso à própria ação comunicativa, mas não aos dados comunicados.

Referido autor lembra que a proteção dada pela privacidade, *in casu*, não constitui um limite absoluto, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, na Sessão Plenária de 25.03.92, em acórdão da relatoria do Ministro Carlos Mário Velloso, o sigilo bancário não encerra

(...)um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social”. Lembra, outrossim, com base em David E. Spencer²⁶⁰, que “no mundo financeiro internacional, já se notam importantes mudanças no conceito de sigilo bancário quando estão envolvidas atividades criminosas.”²⁶¹

As autoridades e agentes fiscais podem ter acesso às informações fiscais sobre contribuintes/clientes, exigíveis de instituições financeiras, quando protegidas pela inviolabilidade de sigilo de dados (sigilo bancário), desde que sejam observadas as cautelas e formalidades prescritas pela lei.²⁶²

Pois bem, alguns autores apontam que o acesso às informações bancárias constitui condição imprescindível para a correta apuração do *quantum debeatur* por parte da administração fiscal, pois, muito mais que um poder, consubstancia um dever-poder de investigar, diligenciar, apurar, demonstrar e provar a ocorrência do fato jurídico impositivo, não lhe cabendo a discricionariedade de fazer o lançamento ou não. Representação de “uma imposição inafastável do exercício do dever-poder que a lei

²⁶⁰ SPENCER, David E. **Capital flight and bank secrecy: the end of an era?** *International Financial Law Review*, London, May, 1992.

²⁶¹ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. 2a. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 32.

²⁶² JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves**. 2a. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 32.

atribui aos agentes da Administração Tributária e se reflete num desdobramento do princípio da supremacia do interesse público ao do particular”.

Como se vê, a função de fiscalização encontra fundamento constitucional no § 1º do art. 145 da CRFB/88, que positiva o princípio da capacidade contributiva segundo o qual os impostos, sempre que possível, devem ter caráter pessoal e ser graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Referido dispositivo deve ser interpretado conforme o princípio da interpretação efetiva ou efetividade máxima, de modo que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe proporcione.

Nesse contexto, não obstante a tese de que os direitos previstos na CRFB/88, mesmo que implicitamente, só poderem ser relativizados nos termos de norma constitucional, a autorização de relativização, no que diz respeito à atuação da Administração Tributária em sua função fiscalizatória, da inviolabilidade do direito à vida privada e da comunicação de dados, incluso o sigilo bancário, independentemente de prévia determinação judicial, encontra previsão no § 1º do art. 145 da CRFB/88.

5. A Fiscalização tributária e a Lei Complementar 105/2001

Diante do que foi visto acerca do sigilo bancário e fiscal e da exigência de pôr fim à opacidade relativa às relações mantidas entre contribuintes e instituições financeiras no contexto global, com vistas a evitar possível evasão de impostos, com a correta estipulação do imposto devido pelo contribuinte, em observância aos princípios da

capacidade contributiva, da justiça fiscal e da solidariedade, importa proceder à análise da Lei Complementar 105/2001²⁶³, de 10.01.2001.

Muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência brasileiras acerca da constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, os quais dispõem sobre o acesso às informações bancárias por parte de autoridades fiscais.

Pois bem, em um apanhado histórico da legislação, tem-se que no Brasil o sigilo bancário foi inicialmente disciplinado na Lei 4.595/64.

O *caput* do art. 38 da Lei 4.595/64²⁶⁴ determinava que as instituições financeiras deveriam conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. O § 7º do mencionado artigo preceituava que “A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Prevía, outrossim, que os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos estados somente poderiam examinar documentos, livros e registros de contas de depósitos na existência de processo instaurado e fossem os mesmos considerados indispensáveis pela autoridade competente (§ 5º).

Em um passo legislativo na busca da relativização do sigilo bancário em prol da fiscalização tributária com vistas à identificação dos contribuintes para fins fiscalizatórios, o artigo 8º da Lei 8.021/90 previu que “iniciado o procedimento fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta, hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964”.

²⁶³ Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

²⁶⁴ Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

No ano de 1996, a Lei 9.311/96²⁶⁵ preconiza ser competência da Secretaria da Receita Federal a administração da CPMF, incluindo-se as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação, podendo requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, sendo que as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Determina, ainda, à Secretaria da Receita Federal o resguardo, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

A Lei Complementar 105/2001 determina que “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados” (art. 1º), sendo que:

As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente (art. 6º).

Não obstante mencionado diploma legislativo ter sido publicado em 2001 e, portanto, com mais de dezesseis anos de vigência, somente recentemente o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos. Vê-se que questões atinentes ao sigilo bancário, bem assim outros temas relativos a segredos, é um tema humano muito espinhoso que não pode ser afastado com tranquilidade.

²⁶⁵ Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, e dá outras providências.

A constitucionalidade ou inconstitucionalidade da LC 105/2001 é defendida por duas correntes doutrinárias antagônicas que sobressaem nitidamente. Os defensores da inconstitucionalidade da referida lei advertem que o sigilo bancário constitui expressão do direito à intimidade e que a matéria está sujeita à nomeada reserva de jurisdição.

Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins asseguram que somente as Comissões Parlamentares de Inquérito, às quais a CRFB/88 outorgou poderes próprios de investigação judicial, podem quebrar o segredo bancário, sendo que outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Constituição não podem quebrar o sigilo bancário e, portanto, afastar o direito à privacidade, independente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, máxime quando não têm o dever de imparcialidade por serem parte na relação mantida com o particular. Dessa forma, apresentam-se de acordo com o entendimento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, que adverte que a Receita Federal não é um órgão equidistante, pelo contrário, é parte da relação jurídica substancial em pauta.

Sacha Calmon Navarro Coelho compartilha tal entendimento, pois, a seu ver, afigura-se inconstitucional o acesso aos dados bancários pela autoridade tributária sem intervenção judicial autorizativa.

Nessa mesma linha de raciocínio, Clèmerson Merlin Clève assevera que:

(...) o procedimento juridicamente correto, diante dos indícios da prática de delitos fiscais (e não há dúvidas de que uma movimentação bancária incompatível com a renda declarada seja um forte indício), seria pleitear autorização judicial para se ter acesso aos livros e registros das instituições financeiras, não só porque, em matéria de tamanha relevância, é conveniente e oportuna a intervenção de um órgão imparcial, como é o Poder Judiciário, mas também (e principalmente) porque a Constituição assim determina.²⁶⁶

²⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In SALOMÃO, Heloísa Estellita (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 73.

Os que apontam a constitucionalidade fazem-no com base no argumento de que não existe nenhuma incompatibilidade vertical de previsão legal com a Constituição, podendo o legislador prever a possibilidade de acesso pela autoridade fiscal aos dados bancários do contribuinte, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Tercio Sampaio Ferraz Junior ressalta não haver parcialidade do Fisco e que não existe previsão constitucional acerca do segredo bancário, sendo que “A Receita não se enquadra no critério da parcialidade, afigurando-se possível que ela pode, e pode até por que há um certo apoio para ela ostensivo, no artigo 145, parágrafo primeiro da Constituição Federal, que é aquele artigo que fala da capacidade contributiva”.

Oportuno ressaltar as observações feitas pelo ministro do STF Francisco Rezek, quando do seu voto no Mandado de Segurança 21.429-DF. Registrou, *in verbis*:

Parece-me, antes de qualquer coisa que a questão jurídica trazida à Corte neste mandado de segurança não tem estrutura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não daquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário – do qual se repetiu *ad nauseam*, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto. Cuida-se de instituto que protege certo domínio – de resto nada transcendental, mas bastante prosaico da vida das pessoas e das empresas, contra curiosidade gratuita, acaso malévola, de outros particulares, e sempre até o exato ponto onde alguma forma de interesse público reclame sua justificada prevalência (...) E a mesma lei de 31 de dezembro de 1964, sede explícita do sigilo bancário, disciplina no seu art. 38 exceções, no interesse não só da justiça, mas também no do parlamento e mesmo no de repartições do próprio governo (...) Numa reflexão extra legal, observo que a vida financeira das empresas e das pessoas naturais não teria mesmo porque enclausurar-se ao conhecimento da autoridade legítima – não a justiça tão só –, mas também ao do parlamento, do Ministério Público e da administração executiva, já que esta última reclama, pela voz da autoridade fiscal, o inteiro conhecimento do patrimônio, dos rendimentos, dos créditos e débitos até mesmo do mais discreto dos contribuintes assalariados. Não

sei a que espécie de interesse serviria a mística do sigilo bancário, a menos que se presumam falsos os dados em registro numa dessas duas órbitas, ou em ambas, e por isso não coincidentes o cadastro fiscal e o cadastro bancário das pessoas e empresas (...) Não vejo inconstitucionalidade alguma no § 2º do art. 8º da Lei Complementar, cujo texto só faz ampliar, dentro da prerrogativa legítima do legislador, o escopo da exceção já aberta ao sigilo bancário no texto da lei originalmente comum que o disciplinou nos anos 60. E o faz em nome de irrecusável interesse público, adotando um mecanismo operacional que em nada arranha direitos, ou sequer constrange a discrição com que se portam os bancos idôneos e as pessoas de bem.

Com esse entendimento, parte da doutrina defendia a possibilidade de norma infraconstitucional autorizar a relativização do segredo bancário, sendo desnecessária a autorização judicial, desde que a decisão da quebra do sigilo fosse fundamentada e os pressupostos desencadeadores da medida se fizessem presentes.

Dessa maneira, a lei pode determinar o sacrifício do segredo bancário mediante decisão exclusiva de autoridade administrativa, não dependendo de autorização judicial, desde que sujeita a exigências adicionais, além do respeito aos princípios da legalidade e da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

Pois bem, verifica-se que parte da doutrina alega a incompatibilidade do art. 6º da LC 105/2001 com a CRFB/88, porquanto não existiria fundamento constitucional para a quebra do sigilo bancário pelo Fisco na ausência de uma autorização do Poder Judiciário.

Justifica-se que a faculdade concedida pelo art. 145, § 1º²⁶⁷ da CRFB/88 à administração tributária para conferir efetividade à pessoalidade dos impostos e à capacidade contributiva, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades

²⁶⁷ Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

econômicas do contribuinte, não concede poder ao Fisco para interferir no sigilo bancário do contribuinte²⁶⁸.

Contudo, há tempos se nota uma forte tendência mundial de relativização do segredo bancário em casos em que o dever de informar disser respeito a interesses ou valores sociais considerados de maior relevância que o próprio direito ao sigilo²⁶⁹. Nesse contexto, observa-se um progressivo movimento de se deferir a órgãos administrativos o poder de realizar a quebra do sigilo bancário sempre que necessário às investigações criminais, financeiras ou fiscais e não houver outros meios menos gravosos²⁷⁰.

O Decreto 4.489/2002²⁷¹ permite a transferência de todos os dados bancários dos contribuintes dos arquivos das instituições financeiras para a Receita Federal do Brasil. À época, o Secretário da Receita Federal Adjunto, Jorge Rachid, declarou não haver violação a direito do contribuinte, uma vez que “O sigilo bancário não está sendo quebrado, ele só está sendo transferido para a Receita Federal”.²⁷²

Miguel Reale e Ives Gandra da Silva Martins insurgem contra essa declaração, afirmando tratar-se de um argumento enganador, pois “é esta transferência para a receita que perpetra a ilícita quebra de sigilo”.²⁷³

²⁶⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Possibilidade de Quebra do Sigilo Bancário pelo Fisco à Luz da Constituição Federal. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR., Jayr Viégas (Coords.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo : Quartier Latin, 2005, p. 107.

²⁶⁹ MATIAS, Saraiva Armindo. **Direito Bancário**. Lisboa : Coimbra Editora, 1998, p. 89.

²⁷⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora, 1998, p. 531.

²⁷¹ Regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

²⁷² Tribuna PR – Paraná Online. Agência Estado, 29.11.2002. <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/receita-fiscalizara-movimentacao-de-conta-acima-de-r-5-mil/>>. Acesso em 13 Jun. 2017.

²⁷³ REALE, Miguel; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário. Inconstitucionalidade do Decreto n. 4.489 de 28.11.2002 por macular o processo legislativo plasmado na lei suprema e infringir direitos fundamentais do cidadão. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coords.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 51.

6. Sigilo fiscal sob a ótica do previsto no art. 26 do MC da OCDE

O art. 26 do MC da OCDE garante que a informação trocada internacionalmente deve receber proteção nos mesmos moldes do sigilo fiscal aplicado às informações obtidas no âmbito doméstico, sendo que os Estados não estão obrigados a fornecer informações que não sejam regularmente obtidas, consoante suas leis internas.

Observa-se que o sistema de troca de informações preconizado no art. 26 do MC da OCDE homenageia o direito interno dos Estados, uma vez que, como visto, deve ser observado nos procedimentos de troca de informações. Entretanto, vale registrar que a maioria dos Estados-membros da OCDE já estabelecem, em seus direitos internos, a possibilidade de acesso, de forma direta ou indireta, a toda informação bancária necessária à aplicação de determinadas leis tributárias.

7. A transmutação de sigilo bancário para sigilo fiscal

Afirma-se que não há que se falar em “quebra de sigilo bancário” quando informações que estão de posse das instituições financeiras — que se submetem ao sigilo bancário — são transferidas para a autoridade tributária, uma vez que a esta, igualmente, é transferida a obrigatoriedade de conservar o sigilo dos dados obtidos em razão do seu ofício. De modo que, a partir do momento em que as informações são transferidas, passam a estar protegidas pelo sigilo fiscal, cuja inobservância acarretará àquele que as divulgar responsabilidade administrativa, civil e criminal, nos termos do artigo 198 do CTN, que determina às autoridades fazendárias guardar sigilo das informações a que tenham acesso²⁷⁴.

²⁷⁴ QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. **A inexistência de sigilo bancário para o Fisco**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, p. 29.

8. Fundamentos orientadores da tributação no Brasil

A CRFB/88 compreende um conjunto de princípios e regras que orientam o poder tributante brasileiro e representam a propensão do Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que a plena vigência de princípios constantes do ordenamento tributário, muito embora implícitos no texto constitucional, deriva da interpretação sistemática da Constituição.²⁷⁵

Tem-se que, em um Estado Democrático, a tributação deve ter como prioridade a busca da justiça, apoiando-se nos princípios da igualdade, do Estado Social e da liberdade.²⁷⁶ Assim, é possível perceber que não se faz exequível a concretização do princípio do Estado Social, que tem como motivação de sua existência a realização da justiça social, firmar-se apenas na arrecadação. Há de se promover também uma distribuição justa, tanto na arrecadação como na distribuição.²⁷⁷

Assevera Klaus Tipke que o princípio do Estado Social é efetivado no princípio da solidariedade²⁷⁸, considerando que uma arrecadação socialmente justa exige maior ônus aos mais abastados e menor ônus aos mais desvalidos, cabendo ao Estado realizar a distribuição do produto arrecadado, priorizando os mais necessitados.²⁷⁹

A República Federativa do Brasil estabelece na construção de uma sociedade livre, justa e solidária um de seus objetivos fundamentais²⁸⁰. Conforme Carlos Otávio Ferreira Almeida,

²⁷⁵ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, p. 132.

²⁷⁶ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 17-18.

²⁷⁷ Uma distribuição justa importa no direcionamento dos gastos públicos aos mais necessitados, prioritariamente. ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, pp. 133-134.

²⁷⁸ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43.

²⁷⁹ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, p. 134.

²⁸⁰ CRFB/88, Art. 3º, I.

Em matéria tributária, a justiça fiscal reveste-se da mais alta estatura, vetor máximo a determinar a aplicação dos demais princípios e regras em suas interseções, que não poderá ser efetivada se a liberdade de um contribuinte for violada ou se a arrecadação não distinguir a real possibilidade de contribuir de cada integrante, ferindo a solidariedade.²⁸¹

Nesse contexto, indaga-se se seria justo excluir da tributação aquele que detém capacidade contributiva, acarretando um ônus ao que possui menor capacidade contributiva. Isso, com certeza, implica violação ao princípio largamente admitido para a concreção da justiça em matéria tributária, a igualdade que deve ser aferida de acordo com a capacidade contributiva de cada um.

As constituições dos Estados de Direito não consentem que o direito positivo esteja dissociado da ética. Assim sendo, a Constituição brasileira determina a igualdade perante a lei como direito fundamental. Contudo, a concretização do princípio da igualdade como corolário da justiça exige um critério apropriado de comparação.

Como não existe um critério exclusivo que se aplique ao Direito como um todo, deve-se escolher um que seja adequado a cada ramo do Direito, a depender dos fins a que este se propõe, donde a relevância da teoria apresentada por Klaus Tipke sobre justiça fiscal, ao expender o que os alemães denominam de “justiça adequada à matéria”²⁸².

Não obstante a importância que tem a distinção entre regras e princípios, a justificar um aprofundamento dos estudos acerca do tema, adota-se, neste trabalho, o entendimento de que os princípios constituem mandados de otimização e que as regras

²⁸¹ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica**. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014, p. 134.

²⁸² TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21.

implicam a imposição de deveres de forma definitiva, a significar que devam ser realizados integralmente, no caso concreto.²⁸³

Embora vários autores apregoem o contrário, parte da doutrina assevera que o sigilo bancário não está sujeito à reserva de jurisdição, uma vez que a CRFB/88 não exige expressamente tal procedimento. A própria Suprema Corte brasileira, ao tratar da questão da reserva de jurisdição, no MS 23.452-RJ, deixou de mencionar o sigilo bancário, tendo consignado que:

A cláusula constitucional da reserva de jurisdição — que incide sobre determinadas matérias, como busca domiciliar — (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de fragrância (CF, art. 5º, LXI) — traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outro órgão ou autoridades do Estado.

O denominado princípio da reserva constitucional de jurisdição importa

(...) em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive aqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. (STF, MS 23.452-RJ, Ministro Celso de Mello.)

J. J. Gomes Canotilho nomina o princípio da reserva absoluta de jurisdição de “monopólio da primeira palavra”, que deve ser aplicado “quando em certos litígios,

²⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 44-45.

competete ao juiz não só a última e decisiva palavra, mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas”.

Pode-se dizer, assim, que na questão referente ao segredo bancário, o Poder Judiciário tem o “monopólio da última palavra”, não da primeira palavra, sendo oportuno lembrar que a CRFB/88 dispõe expressamente de autorização para o legislador prever a possibilidade de a administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas, segundo dispõe o § 1º do art. 145 da CRFB/88.

Nesse contexto, não se afigura razoável, então, sob pena de se inviabilizar o exercício da arrecadação tributária, que o titular de competências tributárias constitucionalmente previstas tenha de requerer autorização ao Poder Judiciário para ter acesso a dados bancários para, somente depois, poder apurar se determinado contribuinte praticou ou não o fato imponível.

Os adeptos dessa corrente entendem que a LC 105/2001 apenas fez a previsão de instrumento para o exercício do *munus* previsto no § 1º do art. 145 da CRFB/88, sem que isso importe em violação de qualquer direito fundamental.

PARTE IV

CONCLUSÕES GERAIS

No presente estudo, foi identificado, primeiramente, o fenômeno da globalização e sua interferência no âmbito da fiscalidade, o que fez com que os Estados — preocupados em manter sua fonte de receita fiscal e, portanto, combater a evasão fiscal — envidassem esforços para o aprimoramento do mecanismo de troca internacional de informações, aumentando, por conseguinte, a transparência fiscal nas ações de cooperação internacional entre as jurisdições.

Em seguida, devido às implicações que a troca de informações tem sobre a intimidade e a vida privada do contribuinte, procurou-se identificar se referido instrumento de transparência fiscal ofende o direito fundamental ao sigilo bancário. Buscou-se, relativamente ao confronto aparente entre o dever-poder do Fisco de estimar o correto valor tributável e o direito fundamental do contribuinte ao sigilo bancário, verificar a possibilidade de relativização e que fatores devem ser considerados para uma eventual ponderação de interesse.

A análise e investigação levadas a efeito serão agora fundamentais para a conclusão, explicitando a posição brasileira quanto à possibilidade da troca automática de informações de conta financeira para fins fiscais.

1. A Globalização e o Fisco Global

Diante de todo o exposto, cabe concluir que a intensa globalização a que a maioria das economias nacionais está submetida reflete-se intensamente no terreno da fiscalidade. Se, por um lado, a globalização da economia dificulta enormemente a determinação das bases impositivas, que têm como causa a grande complexidade de

identificação dos rendimentos dos contribuintes e de sua origem, bem como a ampla margem de manobras proporcionadas aos contribuintes para transferir bases imponíveis de um ponto a outro do mundo, por outro, o fenômeno da globalização colocou a fiscalidade como um dos maiores influenciadores na hora de os operadores econômicos decidirem²⁸⁴ sobre o lugar de suas realizações financeiras e produtivas.

2. Cooperação administrativa internacional em matéria fiscal

O fenômeno da globalização produziu, além da integração dos mercados em escala mundial, uma grande rede de relações econômicas e financeiras que deve repercutir no âmbito fiscal dos Estados. Desse modo, diante da impossibilidade de agentes fiscais de um Estado praticarem atos de fiscalização no território de outro Estado, com vistas à manutenção da sua base tributável, surge como exigência do Direito Internacional, para suprir essa deficiência, a cooperação internacional. No caso em que as ações de cooperação se realizam entre autoridades tributárias, sem a necessidade de intervenção judicial, tem-se a denominada cooperação administrativa.

3. Transparência fiscal e troca de informações para fins fiscais

A transparência fiscal corresponde ao dever de agir de forma transparente, sem opacidade ou segredos, pois

²⁸⁴ Não se olvida que a multiplicação de tributos e a complexidade da legislação tributária tem enorme influência no comportamento dos atores econômicos, que procuram sempre meios de reduzir o pesado ônus fiscal.

Os riscos das finanças públicas podem ser provocados também pela conduta opaca e camuflada dos contribuintes. O princípio da transparência aponta, para evitar esses riscos, no sentido do combate à elisão fiscal abusiva, ao sigilo bancário encobridor de sonegação de tributos e à corrupção ativa.²⁸⁵

A complexidade das legislações fiscais dos vários países e o aumento das atividades em nível global favoreceram o ambiente para o aumento da evasão fiscal, o que fez com que os países — preocupados com a redução de suas receitas fiscais — e os organismos internacionais envidassem esforços com vistas a promover a melhoria das relações de cooperação recíproca entre as autoridades tributárias dos Estados. Nesse contexto, para se ter conhecimento de possíveis valores subtraídos à arrecadação, buscou-se formas de facilitar o controle e o gerenciamento das atividades dos contribuinte, como por meio da utilização da troca de informações.

A troca de informações para fins fiscais — que pode ser realizada na modalidade: a pedido, automaticamente, ou espontaneamente — tem como escopo o combate à evasão fiscal e uma fiscalização mais efetiva, bem como permite que um Estado obtenha informações localizadas fora de seu território, as quais não podem ser por ele diretamente acessadas, uma vez que, em observância à soberania, torna-se necessária a colaboração ativa do Estado no qual se localizada a informação pretendida.²⁸⁶

²⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da transparência no direito financeiro.**

²⁸⁶ XAVIER, Alberto. **Troca internacional de informações: as novas tendências.** In **Grandes questões atuais do direito tributário**, 13º volume, ROCHA, Valdir de Oliveira, São Paulo : Dialética, 2009, p. 9.

4. Instrumentos internacionais para a troca de informações para fins fiscais

As trocas internacionais de informações para fins fiscais são fundadas nos instrumentos a que se vinculam, os quais são mencionados: as Convenções de Dupla Tributação – CDT, os Acordos Para Troca de Informações Fiscais (*Tax Information Exchange Agreements* – TIEA), a Lei de Conformidade Fiscal de Conta Estrangeira (*Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA) e a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal.

5. Troca automática internacional de informações de conta financeira para fins fiscais

A troca automática²⁸⁷ de informações fiscais implica na transferência sistemática de informações predeterminadas e para finalidades fiscais ao Estado-contratante de residência do contribuinte por outros Estados-contratantes, sendo desnecessário prévio requerimento.

Na continua busca pelo fortalecimento dos esforços internacionais para aumentar a transparência, a cooperação e aprimorar a responsabilidade entre as instituições financeiras e as administrações tributárias, foi instituído o Padrão Global para Troca Automática de Informações de Conta Financeira, que corresponde ao instrumento pelo qual as jurisdições, por meio de suas autoridades fiscais, obtêm

²⁸⁷ “9. [Ways of Exchange] (...)

b) automatically, for example when information about one or various categories of income having their source in one Contracting State and received in the other Contracting State is transmitted systematically to the other State; see the Recommendations of the OCDE Council C(97)29/FINAL, dated 13 March 1997 (Recommendation on the use of Tax Identification Numbers in an international context) and C(2001)28/FINAL, dated 22 March 2001 (Recommendation on the use of the OCDE Model Memorandum of Understanding on Automatic Exchange of Information for Tax Purposes), DOURADO, Ana Paula, in *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Fourth edition, Edited by Ekkehart Reimer and Alexander Rust, Wolters Kluwer*, Vol. 2, p. 1836.

informações de suas instituições financeiras e as trocam com outras jurisdições. Este novo padrão global é visto com potencial para reduzir a ocorrência de evasão fiscal, pois possibilita a descoberta de fuga de receitas fiscais que não eram detectadas anteriormente.

Este novo padrão global atrai fortes críticas, uma vez que o acesso direto pela autoridade tributária aos dados financeiro do contribuinte, mantidos pelas instituições financeiras, violaria o direito fundamental ao sigilo bancário. Haveria, então, um contraste entre a liberdade do contribuinte e o dever-poder da Administração Tributária.

6. Direito fundamental ao sigilo bancário e o dever fundamental de pagar impostos

Verificou-se que a positivação do direito humano não elimina e, por vezes, exacerba os problemas práticos de sua tutela.

É o que ocorre quando surgem situações por força das quais distintos direitos humanos podem ser vistos não apenas como complementares, mas também como contraditórios. É isto que sucede com o direito à intimidade que frequentemente se choca com o direito à informação (...).²⁸⁸

É sabido por todos que o segredo e a discrição devem integrar toda e qualquer atividade profissional, e com a atividade bancária não é diferente, porquanto essa atividade desperta o interesse, a curiosidade de terceiros, estranhos à relação financeira.

²⁸⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 241.

A doutrina e a jurisprudência brasileira entendem que o direito fundamental ao sigilo bancário está previsto no art. 5º, XII, da CRFB/88, uma vez que diz respeito à intimidade e à vida privada do particular. Assim, a inviolabilidade do sigilo de dados, prevista no art. 5º, XII, está diretamente relacionada ao direito fundamental à privacidade, preconizado no inciso X do referido artigo.²⁸⁹

O sigilo bancário reflete um direito fundamental da personalidade, evidenciando, por conseguinte, a proteção jurídica a ele dedicada pelo ordenamento positivo do Estado.

Contudo, em que pese ao instituto do sigilo bancário ser alçado à categoria de direito fundamental quase absoluto, de outro viés aponta-se o dever fundamental de pagar imposto e o dever-poder da fiscalização da autoridade tributária como fatores a serem considerados em uma ponderação de interesses com vistas a resolver o impasse entre o direito ao sigilo bancário e o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes, para fins fiscais, pela autoridade tributária, com vistas à correta estimação dos impostos a serem arrecadados.

Conforme pontua Maria Luiza Vianna de Mendonça,²⁹⁰ os deveres fundamentais são situações jurídicas de imposição de comportamento às pessoas, aos membros da comunidade política, que derivam da Constituição e exprimem a responsabilidade do indivíduo com a coletividade para a conservação e existência do próprio Estado.

O dever fundamental de pagar impostos conecta-se intimamente à ideia de Estado Fiscal, em que as atividades sociais e a efetivação dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e sociais demandam recursos financeiros que, por sua vez, advêm da arrecadação tributária, imposta a todos que possuam capacidade contributiva.²⁹¹

²⁸⁹ JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Sigilo Fiscal e Bancário. In: PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coords.). **Sigilo Fiscal e Bancário**. São Paulo : Quartier Latin, 2005, p. 17.

²⁹⁰ MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. **A igualdade e o dever fundamental de pagar impostos no direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte : D'Plácido, 2017.

²⁹¹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana : entre os direitos e os deveres fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009, p. 91.

7. O Brasil no contexto global

O novíssimo padrão global de troca internacional de informações de conta financeira para fins fiscais faz exacerbar as críticas ao mencionado instrumento de transparência fiscal e cooperação internacional, pois, para garantir maior efetividade às ações de fiscalização das autoridades tributárias e promover o combate à evasão fiscal, aumenta em demasia os poderes do Fisco em detrimento do direito fundamental do contribuinte ao sigilo bancário.

Nesse aspecto, repetem-se as palavras de José Eduardo Soares de Melo no sentido de que “quem dá os fins (direito à instituição e arrecadação dos tributos) tem que dar os meios (direito à fiscalização)” (...), “A administração tem o poder-dever de conhecer os elementos patrimoniais (bens, direitos e obrigações), os rendimentos de qualquer natureza e as atividades do contribuinte, que contenham substrato econômico”, não se tratando, “propriamente, de considerar o tradicional postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, mas conciliar o direito do Estado, com o direito à cidadania e o estatuto do contribuinte”.²⁹²

Em Portugal, verifica-se que, de uma reserva quanto a levantamentos de sigilo bancário, foi acontecendo um longo processo evolutivo rumo a uma gradual derrogação em que poderia haver o levantamento do segredo bancário apenas em situações devidamente previstas, sendo que atualmente a derrogação do sigilo bancário é, na prática, quase praticamente a regra. Por considerar que o atual modelo utilizado, além de complexo, atribui um caráter mais repressivo do que preventivo, bem como por considerar existir largas margens de discricionariedade para a atuação da Autoridade Tributária, alguns autores portugueses são da opinião que o atual modelo português de

²⁹² MELO, José Eduardo Soares de. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias**, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1993, pp. 275-276.

derrogação do sigilo bancário não é o mais consentâneo com os objetivos de combate à fraude e evasão fiscal e com a manutenção de adequadas garantias dos contribuintes.²⁹³

No Brasil, vale acrescentar as palavras de Zelmo Denari de que o art. 145, § 1º, da CRFB/88²⁹⁴ não tutela o direito ao sigilo de dados, mas sim o princípio da capacidade contributiva, permitindo à administração pública adotar procedimento que, de certa forma, se contrapõe àquele previsto no art. 5º, X e XII, da CRFB/88²⁹⁵. Acrescenta que a norma constitucional permite que a administração tributária identifique o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, sem desrespeito aos direitos individuais,²⁹⁶ de modo que a observância ao princípio constitucional da capacidade contributiva atua como elemento limitador do alcance incidental de norma de mesma hierarquia, tratando-se, portanto, de ressalva implícita ao princípio do sigilo de dados, o qual o mencionado autor reputa não ser aplicável à matéria tributária em favor do princípio da autoridade pública, que prioriza o interesse público frente ao direito privado.²⁹⁷

Pode-se observar que a jurisprudência brasileira aponta para uma conformidade com as orientações internacionais quanto à troca automática de informações para fins fiscais, uma vez que prevalece o entendimento de que a autoridade tributária, em sua

²⁹³ PALMA, Clotilde Celorico; SANTOS, António Carlos dos. **A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais**. Revista TOC. n. 146, gabinete de estudos, maio 2012, p. 47.

²⁹⁴ CRFB/88, “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

²⁹⁵ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

²⁹⁶ DENARI, Zelmo. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias**, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1993, p. 184.

²⁹⁷ DENARI, Zelmo. Princípios constitucionais tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Cadernos de pesquisas tributárias**, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1993, p. 185.

função de fiscalização, pode ter acesso direto aos dados bancários sem a necessidade de autorização judicial para tanto.

Esse entendimento jurisprudencial foi firmado, por maioria de votos, quando o Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 601.314-SP, fixou tese no sentido de que a disposição do art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

A jurisprudência²⁹⁸ brasileira já apontava a possibilidade de o Fisco ter acesso aos dados bancários do contribuinte, ao asseverar, em 2009, que “O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto”, desde que “instaurado procedimento administrativo”.

Vale lembrar um entendimento da Suprema Corte, no ano de 2010, que apontava para a inconstitucionalidade do afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte, tendo em vista que a quebra do sigilo bancário seria matéria sob reserva de jurisdição, porquanto “Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal — parte na relação jurídico-tributária — o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”, já que,

Conforme o disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção — a quebra do sigilo — submetida ao crivo de órgão equidistante — o Judiciário — e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

²⁹⁸ STJ, REsp 1.134.665, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 18.12.2009.

Contudo, deve ser ressaltado que o precitado entendimento que se formou no Recurso Extraordinário 389.808²⁹⁹ não transitou em julgado, em razão da oposição de embargos de declaração.

Oportuno fazer remissão à afirmativa de Sérgio Carlos Covello acerca da possibilidade de relativização do sigilo bancário, quando o referido autor, ao apresentar a conceituação do instituto, faz uma ressalva no sentido de que o sigilo bancário consiste na obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que detêm, em virtude de sua atividade profissional³⁰⁰.

Tem-se na disposição constitucional do § 1º do art. 145 da CRFB/88 o principal argumento para a defesa da razoabilidade da tese da constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/01, uma vez que apresentaria exceção ao direito da privacidade e da inviolabilidade de dados, autorizando a transferência direta de dados bancários da instituição financeira para a administração tributária.

A Constituição brasileira exige que a administração tributária promova o real cumprimento do caráter pessoal do imposto de renda, dos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, dos princípios da igualdade tributária material e da capacidade contributiva (CF, arts. 153, § 2º, I; 145, § 1º; 150, II).

É direito fundamental dos contribuintes que o Estado zeze pelo cumprimento dos princípios retrocitados, obstando-se assim que os que não podem fugir da tributação venham a pagar ainda mais para fazer face aos tributos sonegados por terceiros.

Não se olvida que a multiplicação de impostos e contribuições, o aumento das suas alíquotas ou das suas bases de incidência e a complexidade das leis influenciam o comportamento dos agentes econômicos, que sempre estão procurando forma e fórmulas para reduzir o seu pesado ônus fiscal, sendo que haverá uma propensão maior ao descumprimento das obrigações tributárias quanto menor for o risco de ser fiscalizado e sofrer as penalidades estabelecidas em lei. Já o Estado, por sua vez, diante dessa possibilidade, tenta prevenir a queda de arrecadação por meio do aumento da

²⁹⁹ STF, RE 389.808, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 10.05.2011.

³⁰⁰ COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário como proteção à intimidade**. RT 648/627. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Série grandes pareceristas*. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2003, p. 71.

carga fiscal, o que induz os contribuintes a redobram os seus esforços em matéria de evasão.

Deve ser reconhecido, portanto, o direito de o Fisco, independentemente de autorização ou processo judicial, obter informações das instituições financeiras acerca das movimentações e transações dos contribuintes com elas efetuadas, em conformidade com o artigo 197 do CTN e a Lei Complementar 105/01. No caso das pessoas físicas, esse direito está limitado ao conhecimento, apenas, dos volumes de recursos (entradas e saídas) que transitem pelas instituições financeiras. No caso das pessoas jurídicas, não há segredo bancário de informação a ser protegido.

O cidadão e as empresas, porém, não poderão ficar desprotegidos, à mercê de excessos ou possíveis abusos das autoridades fiscais, devendo ser exigido, sempre, o respeito ao sigilo fiscal, garantido no art. 198 do CTN, acompanhado da observância do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade na requisição e utilização dos dados. E mais, garantir a responsabilização e o direito à indenização em caso de dano por qualquer violação da privacidade decorrente da divulgação de informações para terceiros, mesmo que outras autoridades, conhecidos por meio do acesso aos dados bancários.

Ademais, importante aspecto que deve ser ressaltado é que a troca internacional de informações — objeto de análise e da presente pesquisa — é levada a efeito por meio de cooperação administrativa internacional para fins fiscais, em matéria fiscal, em assunto fiscal, no contexto da fiscalidade, ou seja, o dever-poder conferido à administração tributária destina-se à identificação e cobrança de impostos, e somente para este fim — fiscal — é disponibilizada, tendo em conta a sua função exclusiva de fiscalização. Não compete à administração tributária a atuação no âmbito penal³⁰¹ que, no caso brasileiro, é função desempenhada pelo Ministério Público.

J. M. Calderón Carrero assinala que a informação fornecida deve ser utilizada para os fins estipulados no convênio ou instrumento celebrado, e na eventual inobservância dos deveres de confidencialidade e proteção dos dados que afetem a um

³⁰¹ Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências.

determinado contribuinte, ele pode alegar a ilegalidade das provas perante os tribunais do Estado receptor dos dados transmitidos e reivindicar a reponsabilidade penal ou administrativa do agente que revelou indevidamente os dados, bem como reclamar a responsabilidade patrimonial do Estado.³⁰²

Não obstante, deve ser aplicada à quebra do sigilo bancário uma interpretação no sentido de buscar separar a pessoa do seu patrimônio, para que o conhecimento pelo Fisco das riquezas dos contribuintes (pessoas naturais e jurídicas), no caso, representadas por valores depositados em instituições financeiras, não se confunda com violação de direito fundamental individual.

Deve também ser considerado que as evasões fiscais, além de afrontarem as bases da tributação, que são a igualdade, a solidariedade, a capacidade contributiva e a concorrência leal, na prática, induzem a um aumento da carga fiscal. Daí se inferir que a evasão e o aumento da carga tributária se alimentam reciprocamente, pois a eficiência e a eficácia dos órgãos de estado no combate à evasão produzem reflexos imediatos sobre os respectivos índices de sonegação.

Como visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já se pronunciou no sentido de que “O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas”. De modo, é possível concluir que o direito à inviolabilidade não se reveste de natureza absoluta, mas, ao contrário, ostenta caráter relativo, devendo ceder, por isso, em caráter excepcional, às exigências decorrentes da preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público.

Nesse contexto, não é demais dizer que a busca da verdade constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de *disclosure* das operações realizadas no ambiente das instituições financeiras. Não obstante, essa busca de elementos informadores condiciona-se às determinações que o ordenamento jurídico impõe à ação do poder público.

³⁰² CALDERÓN CARRERO, J.M. **El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información**, Working Papers, núm. 44, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2000, p.23.

Desse modo, o levantamento do segredo bancário só deve se dar em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existir fundados elementos justificadores a partir de um critério essencialmente fundamentado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados financeiros em poder das instituições bancárias e/ou financeiras.

No particular, convém mencionar que o fato de as autoridades fiscais não necessitarem de autorização judicial para efetuar o levantamento do segredo bancário não significa que possam se afastar do cumprimento dos requisitos legais para tanto.

A importância do direito ao sigilo bancário impõe cautela e prudência nas ações que objetivem o levantamento de mencionado segredo. No Brasil, considera-se a plena compatibilidade jurídica da quebra do sigilo bancário, permitida pela Lei 4.595/64 (art. 38), com a norma inscrita no art. 5º, X e XII, da CRFB/88, de modo que pode haver a pretendida *disclosure* das informações bancárias reservadas quando observadas as determinações legais.

O Ministro Carlos Velloso, do STF, interpretando a questão, entendeu que o assunto encerra questão infraconstitucional que deve ser analisada previamente à análise da possível quebra do sigilo bancário. Expõe:

A questão, portanto, da quebra do sigilo, resolve-se com a observância de normas infraconstitucionais, com respeito ao princípio da razoabilidade e que estabeleceriam o procedimento ou o devido processo legal para a quebra do sigilo bancário. A questão, portanto, não seria puramente constitucional. A quebra do sigilo bancário faz-se com observância, repito, de normas infraconstitucionais, que subordinam-se ao preceito constitucional. (...) Na verdade, a Constituição, no art. 145, § 1º, estabelece que é “facultativo à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.” Está-se a ver, da leitura do dispositivo constitucional, que a faculdade concedida ao Fisco, pela Constituição, exerce-se com respeito aos “direitos individuais

e nos termos da lei”. Tem-se, novamente, questão infraconstitucional que deveria ser examinada, o que inviabiliza o recurso extraordinário.³⁰³

O extinto Tribunal Federal de Recurso já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, no glorioso ano de 1966, e consignou que:

O sigilo bancário só tem sentido enquanto protege o contribuinte contra o perigo da divulgação ao público, nunca quando a divulgação é para o fiscal do imposto de renda que, sob pena de responsabilidade, jamais poderá transmitir o que lhe foi dado a conhecer. (...) O sigilo bancário tem por finalidade a proteção contra a divulgação ao público dos negócios do banco, ou dos negócios dos seus clientes. Na espécie incorre isso, visto que os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são, ex vi legis (art. 201, Dec. 47.373/59), obrigados ao sigilo, sendo-lhes defeso, pena de responsabilidade divulgar conhecimento obtido via de investigação como, aliás, salienta o Egrégio Tribunal a quo. Não há perigo de devassa ou quebra de sigilo bancário, porquanto, como assinala o parecer, os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são obrigados ao sigilo (art. 201 – D. 47.373/59), sob pena de responsabilidade.³⁰⁴

Yoshiaki Ichihara revela contundente argumento no sentido de que

A resistência à quebra do sigilo bancário, na maioria das vezes, parte de pessoas cuja divulgação da movimentação bancária resulta da comprovação da eventual investigação suspeita. Com efeito, se o sistema protege o indivíduo não obrigando-o a confessar, a trazer elementos que o levem à condenação, para tanto permitindo até mentir, presentes os pressupostos, não pode o sistema proteger o indivíduo contra a coletividade e o interesse público, prestigiando o criminoso, o sonegador ou aquele que praticou o ato ilegal.

³⁰³ STF, RE 219.780-PE

³⁰⁴ RMS 15.925-GB, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, DJ de 24.06.1966.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nélson. *Direito bancário*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. *Tributação Internacional da Renda: A Competitividade Brasileira à Luz das Ordens Tributária e Econômica*. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo : Quartier Latin, 2014.

ARDANT, Gabriel. *Histoire de l'impôt. Livre I, De l'Antiquité au XVII^e siècle, Le grand études historiques*, Librairie Arthème Fayard, 1971.

_____. *Théorie sociologique de l'impôt. École Pratique des Hautes Études, S.E.V.P.E.N., Paris*, 1965.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *O segredo bancário*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1988.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. 11^a. ed., Rio de Janeiro : Forense, 2002.

_____. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 14.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7^a. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*. São Paulo : Malheiros, 2003.

BARBOSA, RUI. Teoria política Ruy Barbosa : Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. W. M. Jackson Editores, Vol. XXXVI, São Paulo : W. M. Jackson Editores , 1965.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22^a. ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional*. 30^a. ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*, 9^a. ed., Saraiva, 2014.

BRANCO, Paulo Gonet. *Tributação e direitos fundamentais*, coords. Paulo Gonet Branco, Liziane Angelotti Meira e Celso de Barros Correia Neto, São Paulo : Saraiva, 2012, (Série IDP).

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana : entre os direitos e os deveres fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

CAAMAÑO ANIDO, M.A y CALDERÓN CARRERO, J.M. *Globalización económica y poder tributario: Hacia un nuevo derecho Tributario?* Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, 2002, 6.

CALDERÓN CARRERO, J.M. *El control del fraude fiscal internacional a través del intercambio de información*. Working Papers, núm. 44, A Coruña, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “A Lei do orçamento na teoria da lei”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, BFDUC, Jurídica, II, Coimbra, 1979.

_____. *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7a. ed., 16 reimp. Coimbra: Edições Almedina.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4a. ed. revista, Coimbra Editora, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22ª. ed., São Paulo : Malheiros, 2006.

CARRERO, J. M. Calderón. *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y em la Unión Europea*. Aranzadi, Pamplona, 1997.

CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo bancário e o fisco*. Curitiba: Juruá, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In SALOMÃO, Heloísa Estellita (Coord.). *Direito penal empresarial*. São Paulo : Dialética, 2001.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Princípios Constitucionais Tributários. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). In: *Cadernos de Pesquisas Tributárias*, vol. 18, São Paulo, Resenha Tributária, 1993.

CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. As obrigações solidárias em Direito Romano. In *Revista da Faculdade de Direito, USP*, vol. LV, 1960.

COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo: LEUD, 2001.

D'ALBERGO E. Proporzionalità e progressività dei tributi nelle carte costituzionali italiane. In *Studi in memoria di Giovanni de Francisci Gerbmo*. Palermo, Editrice Lilia, 1949.

DANI, Leandro; RODRIGUES, Hugo Thamir. Reflexos da solidariedade social no IPTU progressivo. In *Direito, Cidadania e Políticas Públicas*. VIII. Curitiba : Multideia, 2013.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 18a. ed., São Paulo : Atlas, 2005.
- DORADO, Francisco García. *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*. Dykinson, Madrid, 2002.
- DOURADO, Ana Paula. *Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies*. European University Institute, RSCAS 2013/11, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Global Governance Programme-37.
- DOURADO, Ana Paula do Valle-Frias de M. e P., *O Princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-económicas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005.
- _____. *O princípio da legalidade fiscal na Constituição portuguesa in Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, organização Jorge Miranda, Volume II, Coimbra Editora, 1997.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo : Dialética, 2004.
- GARCÍA, José Ramón Ruiz. *Secreto bancario y Hacienda Publica (El deber de colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria)*. Madrid. Editorial Civitas, 1988.
- GOLDSCHMIDT, Fabio Brum. *O princípio do não-confisco no direito tributário*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (coords.). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, vol. 3. 2ª. ed. esp., São Paulo : Quartier Latin, 2010.
- GRECO, Marco Aurélio. *Troca Internacional de Informações Fiscais*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves*. 2a. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *O princípio da Solidariedade social*. São Paulo : 2005.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13ª. ed. aum., Heidelberg, 1982.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOURENÇO, Américo; MASSET, Lacombe. *Princípios constitucionais tributários*. 2ª. ed., São Paulo : Malheiros, 2000.

MACHADO, Celso Cordeiro. *Crédito tributário*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 6, São Paulo : Saraiva.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípios constitucionais tributários*. Cadernos de pesquisas tributárias, V. 18, Editora Resenha Tributária, Centro de Extensão Universitária, 1998.

MATIAS, Eduardo Felipe P. *A humanidade e suas fronteiras : do estado soberano à sociedade global*. Rio de Janeiro : Paz e Terra. 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional econômico*. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.

MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro. *As convenções sobre dupla tributação*. Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 179, pp. 323-348.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*, Tomo IV, Coimbra Editora, 5ª. edição, 2012.

_____. *“O homem e o Estado – Direitos do homem e democracia”*, artigo publicado na Revista Interesse Público 1/79-80, São Paulo : Notadez, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 6a. ed. São Paulo : Atlas, 2006.

NABAIS, José Caslata. *O dever fundamental de pagar impostos : contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Edições Almedina, Coimbra, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Volume I, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

OBENSON, Xavier. *International Exchange of Information in Tax Matters Towards Global Transparency*. EE Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2015.

OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de; ROSENBLATT, Paulo. *Direito Tributário – Comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional (Estudos em Homenagem a Souto Maior Borges)* – José André Wanderley Dantas de Oliveira e Paulo Rosenblatt (organizadores). Editora Nossa Livraria. Recife, 2016.

PALMA, Clotilde Celorico; SANTOS, António Carlos dos. *A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais*. Revista TOC. n. 146, gabinete de estudos, maio 2012.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, v. III.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; FERNANDEZ GARCIA, Eusebio, *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Transito a la modernidad siglos XVI y XVII*, Dykinson S.A., Madrid, 1998.

PEREIRA, Cesar Guimarães. A Elisão Tributária e a Lei Complementar nº 104/2001, *in O Planejamento tributário e a lei complementar 104*, ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.), São Paulo : Dialética, 2001.

PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coords.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo : Quartier Latin, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra Editora, 2002.

ROCHA, Sergio André. *Troca Internacional de Informações para Fins Fiscais*. São Paulo : Quartier Latin, 2015.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. *Manual de direito financeiro & direito tributário*. 18ª. ed., São Paulo : Renovar, 2005.

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no Direito Tributário : o Ordenamento Italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Orgs.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo : Dialética, 2005.

SALOMÃO, Heloisa Estellita (Coord.). *Direito penal empresarial*. Dialética : 2001.

SANCHES, J. L. Saldanha; GAMA, João Taborda. Pressuposto administrativo e pressuposto metodológico do princípio da solidariedade social: a derrogação do sigilo bancário e a cláusula geral anti-abuso. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo : Dialética, 2005.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (coords.). *Sigilos bancários e fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves*, 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Fórum, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 14ª. ed. São Paulo : Malheiros.

SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Trajectórias de sustentabilidade – Tributação e investimento*. Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra : Julho 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A Produção normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos* – Brasília : Brasília Jurídica, 1999.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da república portuguesa comentada*. Lex, Lisboa, 2000.

SPENCER, David E. *Capital flight and bank secrecy: the end of an era?* International Financial Law Review, London, May, 1992.

STARCK, Christian, *El concepto de ley en la constitución alemana, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales*, 1979.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*, 4ª ed., São Paulo, Ed. Futura 2003.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo : Malheiros, 1992.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Residência (no Direito Tributário Internacional)*. In *Dicionário de princípios jurídicos*. TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Orgs.). TORRES, Silvia Faber (Superv.). Rio de Janeiro : Elsevier, 2011.

TORRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito tributário internacional : planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *O princípio da transparência no direito financeiro*. In: Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, n. 8, 2001.

_____. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*, volume III, os direitos humanos e a tributação : imunidades e isonomia, Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

UCKMAR, Victor (Coord.). *Diritto Tributario Internazionale*, III Edizione, CEDAM, Padova, 2005.

UCKMAR, Victor. *Double taxation conventions*. In *International tax law*. AMATUCCI, Andrea (Edit). GONZÁLEZ, Eusebio; TRZASKALIK, Christoph (Collabs.). Part. II, Chapter VI, Kluwer Law International, Holanda, 2006.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*; tradução de Marco Aurélio Grecco. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, EDUC, 1976.

UCKMAR, Victor; CORASANITI, Giuseppe; VIMERCATI, Paolo de` Capitani di; OLIVA, Caterina Corrado; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo : Dialética, 2012.

VASCONCELOS, Roberto (Coord.). *Estudos avançados de direito tributário*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2012.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional*. 2ª ed. Actualiz., reimp., Coimbra, Almedina, 2014.

_____. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 8a. ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2015.

_____. Troca internacional de informações: as novas tendências. In *Grandes questões atuais do direito tributário*, 13º volume, ROCHA, Valdir de Oliveira, São Paulo : Dialética, 2009.

WALD, Arnaldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do Sistema Financeiro e na Lei Complementar nº 79. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 116, out./dez. 1992.

WALD, Arnaldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Constituição e o sigilo bancário. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo, v. 6, n. 23, Abr./Jun., 1998.

WEISS, Fernando Lemme. *Princípios tributários e financeiros*. Editora Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2006.